نظرية العقد

مقارنة بين القوانين العربية
والشريعة الإسلامية

دكتور

محيي الدين إسماعيل علم الدين

محام بالنقض - أستاذ جامعي
عضو محكمة التحكيم العليا الدائمة
بغرفة التجارة الدولية سابقاً

يطلب من
دار النهضة العربية
عالم الكتب ـ دار حراء
المكتبة القانونية

نظرية العقد



بسم الله الرحمن الرحيم

هذا الكتاب

أردت بهذا الكتاب أن أضع لبنة فى صرح الفقه مقارنا بالشريعة الإسلامية . فيستذكر منه الطالب ، ويقتبس منه المحامى ، ويسترشد به المشرع ، ويرجع إليه القاضى . وقد بدأت تأليفه عام ١٩٧٦ وقت أن كنت أستاذا بكلية الحقوق جامعة محمد الخامس بالرباط (المغرب) وطبعت منه هناك طبعتان مقارنتان بالقوانين العربية . ثم قررت إعادة طبعه فى مصر هذه الطبعة الثالثة مع جعله أساسا على القانون المصرى ومع الإحتفاظ بطابع الدراسات المقارنة .

ومما لا شك فيه أن الدراسة القانونية لا ينبغى لها أن تقتصر على النطاق المحلى وإذ' قصرت عليه كانت مبتورة ومشوهة . وإنما يجب أن تمتد هذه الدراسة طولا وعرضا بقدر ما يتسع له المقام . تمتد طولا فى بطون التاريخ لنعرف أين هى جذور القانون الموجود بين أيدينا وأصوله .

وتمتد عرضا فى المكان لتشمل عددا من البلاد التى تنتمى على الأقل إلى نفس الأسرة القانونية .

ومراعاة لذلك فقد حرصت ـ ما وسعنى إلى ذلك الجهد ـ أن أحقق هذه الفكرة فى طبعات هذا المؤلف .

ونحن إذا أردنا أن نقرب بين القوانين العربية الحالية . فإننا نستطيع أن نتبين فيها مجموعتين :

الأولى يدخل فيها القانون التونسى والقانون المغربى والقانون اللبنانى والثانية يدخل فيها القانون المصرى والقانون السورى والقانون الليبى والقانون العراقى ، والقانون الكويتى والقانون الجزائرى ورغم التشابه الشديد فى قوانين كل مجموعة على حدة ، فإن التشابه إلى حد غير قليل قائم كذلك بين قوانين كل من المجموعتين كما سنرى . ويلاحظ أنه رغم أن القانون الأردنى والقانون اليمنى مستمدان من الفقه الإسلامى إلا أن صياغتهما فى كثير من النصوص مشابهة للمصرى .

وأتما ما للفائدة أضفت ملحقا بنصوص مشروع مجلس الشعب المصرى الخاص بتقنين أحكام الشريعة الإسلامية فى المسائل المدنية مع مذكرته الإيضاحية حتى لا تموت هذه الأعمال الجليلة .

وإنى لأرجو لهذا الكتاب أن يعم به النفع وأن يكون لى نبراسا يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم . والله أسأل أن يجعله عملا طيبا مباركا خالصا لوجهه الكريم .

المؤلف

تمهيد

فكرة الإلتزام

١- يعرف الإلتزام (١) l'obligation بأنه رابطة قانونية ما بين دائن ومدين ، يكون للأول بمقتضاها أن يطالب الثانى بإعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو بالإمتناع عن عمل (١) .

---

(١) مراجع عربية فى نظرية الإلتزامات :
- عبدالرزاق أحمد السنهورى : الوسيط (الأجزاء ١،٢،٣)
- عبدالرزاق أحمد السنهورى : الوجيز ـ القاهرة ١٩٦٦ .
- عبدالرزاق أحمد السنهورى: مصادر الحق فى الفقه الإسلامى (ستة أجزاء)
- عبدالفتاح عبدالباقى : نظرية العقد ـ القاهرة ١٩٨٤ .
- محمد كامل مرسى : شرح القانون المدنى ـ القاهرة ١٩٥٤ .
- احمد حشمت أبو ستيت : مصادر الإلتزام ـ القاهرة ١٩٥٤ .
- محمود جمال الدين زكى : مصادر الإلتزام ـ القاهرة ١٩٧٦ .
- عبدالحى حجازى : النظرية العامة للإلتزام ـ القاهرة ١٩٥٤ .
- اسماعيل غانم : مصادر الإلتزام (١٩٦٤) الأحكام (١٩٥٦) .
- أنور سلطان : النظرية العامة للإلتزام ـ اسكندرية ١٩٨٣ .
- سليمان مرقس : أصول الإلتزامات ـ القاهرة ١٩٥٩ .
- مأمون الكزبرى : نظرية الإلتزامات ـ الرباط ١٩٧٤ .

(١) السنهورى : الوجيز ـ فقرة ١ ـ ص ٤ ولكلمة الإلتزام l'obligation بالفرنسية معنى لغويا أعم وأشمل من هذا المعنى الإصطلاحى ، فهى تعنى كل ما يأمر به القانون أو تأمر به الأخلاق ، دون أن يكون الإنسان ملزما به تجاه شخص معين وبهذا المعنى يقال مثلا : أن من تتوافر فيه شروط قانونية معينة يلتزم بأداء الخدمة الوطنية ، أو أن كل مالك يلتزم باحترام -

وهذه الرابطة القانونية juris vinculum إذا نظرنا إليها من زاوية المدين كانت إلتزاما أو دينا dette وإذا نظرنا إليها من زاوية الدائن كانت حقا شخصيا أو حق الدائنية droit de créance .

والإلتزام والحق الشخصى وجهان لقطعة نقدية واحدة وكل العلاقات القانونية تتضمن إلتزامات ، ولذا تكتسى هذه النظرية أهمية خاصة ، لا بالنسبة للقانون المدنى وحده ، بل وبالنسبة إلى سائر فروع القانون (١) ، (٢) .

وفى هذا التمهيد سوف نتحدث عن التطور التاريخى لنظرية الإلتزام ثم عن السمات الحديثة للنظرية . ثم عن نظرية الإلتزام فى الشريعة الإسلامية .

- اللوائح الصحية ونظم الطرق . وهناك معان لكلمة الإلتزام بالفرنسية أضيق مما سبق ، فهى تستعمل بمعنى السند القابل للتداول Le titre negociable إذنيا أو للحامل ، والذى يمثل حق الدائن قبل شركة أو هيئة عامة تصدر سندات للإقتراض وتستعمل أيضا بمعنى العقد الموثق المثبت لقرض مضمون برهن رسمى . أنظر :

Alex Weill et François TERRE . Droit civil , Les obligations , 2e éd (Précis DALLOZ ,) Paris 1975 , no 2, P.2.

(١) أنظر : Marcel PLANIOL et Georges RIPERT : Traité Pratique de droit civil français. Ier Partie. Par Esmein. no.1.P.1.

(٢) غير أن الأساتذة ما زو يرون الإلتزام ذا طابع مالى . pécuniaire وهذا يستبعد إلتزامات الأسرة غير ذات الطابع المالى MAZEAUD Leçons de droit civil,Paris , 1968 , P. 1et 41.

أولا : التطور التاريخى لنظرية الإلتزام

٢- يقرر القانون الرومانى أن الإلتزامات ترجع إلى مصدرين العقد والجريمة ثم أضافوا إليها الأسباب المختلفة Variae causarum Figurae (١) . وفى نطاق العقد لم يكن القانون الرومانى القديم يعرف سوى العقود الشكلية ، ولم يكن يعترف للعقد الرضائى بقوة قانونية أى لم يكن يحميه بدعوى أمام القضاء . وبعد ذلك خفف من شدة هذا النظام القانون البريتورى والدساتير الإمبراطورية خصوصا بنظرية العقود غير المسماة والعقود الشرعية الرومانية (٢) ، ولم يسلم القانون الرومانى بأن تكون العقود على إطلاقها رضائية . وغاية ما توصل إليه هو إقرار الرضائية لعقود أربعة هى البيع والإيجار والشركة والوكالة . وكانت هناك إلتزامات (٣) أخرى تنشأ من أسباب مختلفة لا يجمعها ترتيب معين .

---

(١) د . عبدالفتاح عبدالباقى : موسوعة القانون المدنى المصرى ـــ نظرية العقد ـــ فقرة ١٥ ص ٢٥ . لم يكن القانون الرومانى يرتب الإلتزام فى حالة الجرمية إلا بالنسبة لجرائم معينة ، مثل السرقة والتهديد والغش وجرائم الأضرار بمال الغير فى قانون اكويليا . السنهورى : الوجيز ـ ص ١٩ ـ هامش ١ .

(٢) ويل وتريه : المصدر السابق ـ فقرة ١٠ ـ ص ٩ .

(٣) لكلمة إلتزام باللاتينية obligatio معنى مشتق من كلمة ligare ومعناها يربط lier وكانت كلمة obligati تعنى الرجال المربوطين بسلاسل من أجل الدين obligati - ob وبهذا كان للإلتزام مفهوم مادى كما كان له كذلك مفهوم معنوى هو النذر المقدم إلى الآلهة ثم أصبح معناها الرابطة القانونية بين شخصين دائن ومدين ، يحق بموجبها للدائن اجبار المدين على تنفيذ ما ارتبط به.-

٣- ولم يعرف القانون الرومانى مبدأ عاما للمسئولية عن الخطأ الذى يسبب ضررا للغير . وإنما كان يرتب المسئولية فى حالات جرائم معينة محدودة العدد . ولم يكن للمضرور فى غيرها أن يطالب بشىء ، وقد اتسعت هذه الحالات فى قانون أكويليا الذى توسع القضاء كثيرا فى تفسير نصه ، بحيث شمل تقريبا كل حالات الأضرار بالمال ، ولكن لم تتقرر قاعدة: كل من أرتكب خطا سبب ضررا للغير يلزم بتعويضه(١)

٤- وقد رأى الفقيه الرومانى جاييس Gaius أن يضع الإلتزامات التى تنشأ عن أعمال غير مشروعة إلى جانب الإلتزامات التى تنشأ من الجرائم المحددة ، لأن هذه وتلك تنشأ عن عمل غير مشروع فتشبهها فى الأثر quasi ex delicto ، ومن أمثلة هذه الحالات : إخلال القاضى بواجبات وظيفته ، ووقوع شىء من نافذة منزل فيصيب الغير بضرر . ورتب جاييس على إلحاق هذه الأفعال بالجرائم فى حكمها (رغم أنها لا تنشأ من جرائم) أن الإلتزام بها لا ينتقل إلى ورثة الملتزم ، وأنها يصح أن تجاوز حد الضرر الذى أحدثه العمل . ورأى جاييس أن الإلتزامات الناشئة من عمل مشروع

- وبعد أن كانت موضوعات القانون الرومانى ثلاثا هى : الأشخاص والأشياء والدعاوى ، أضيف إليها موضوع رابع هو الإلتزامات . أنظر : محمد معروف الدواليبى : الحقوق الرومية وأثرها فى التشريع الإسلامى ـ مقال منشور فى كتاب " هل للقانون الرومى تأثير على الفقه الإسلامى ـ نشر دار البحوث العلمية بالكويت ١٩٧٣ ـ ص ١٠٢ ـ ١٠٤ .

(١) ويل وتريه : فقرة ١٠ ـ ص ٩ ـ ص ١٠ .

يمكن أن توضع بازاء العقود التى يعرفها القانون الرومانى حيث يوجد شبه بينهما فى الأثار Quasi ex contractu ، مثل عمل الفضولى ودفع غير المستحق وحالة الجوار ، ورتب على هذا الإلحاق أنها تنتقل إلى ورثة المدين وأنها لا يصح أن تجاوز حد الضرر الذى أحدثه العمل وظهر ذلك فى مجموعة جستنيان (١) .

٥- وقد كان تطور نظرية الإلتزام فيما يتعلق بموضوع تنفيذ الإلتزام تطورا بطيئا ومبتسرا ، فالتنفيذ كان يقع فى الأصل على شخص المدين ، حيث كان للدائن أن يسترقه أو أن يقتله . ثم بدأ بالتدريج يحل التنفيذ على أموال المدين محل التنفيذ على شخصه شيئا فشيئا . ومع ذلك لم يعرف القانون الرومانى حق الضمان العام le droit de gage general للدائن على أموال المدين (٢) .

---

(١) السنهورى : الوجيز فقرة ١٤ ص ١٨ . وقد اصاب فكره جاييس بعض التحور فى عهد القانون الفرنسى القديم فقيل أن ما يلحق بالجريمة يسمى شبه جريمة ex quasi delicto ومايلحق بالعقد يسمى شبه عقد ex quasi contractu وأصبح شبه العقد قائما على إرادة مفترضة ، فاقترب من العقد المتضمن إرادة حقيقية . ففكرة جاييس كانت تقوم على أن يلحق بالعقد العمل المشروع الذى ليس بعقد من حيث مصدره وهو يلحق به من حيث أنه يترتب عليه بعض آثار العقد . أما فى القانون الفرنسى القديم فقد أصبح شبه العقد مبنيا على إرادة مثل العقد . وكل الفرق أن الإرادة فى الأول مفترضة وفى الثانى حقيقية . انظر السنهورى : الوسيط : جـ ١ فقرة ٢٤ ـ ص ١٢٢ ، عبدالباقى فقرة ١٥ .

(٢) ويل وتريه : فقرة ١٠ ـ ص ١٠ وقد عرف الإلتزام الطبيعى obligatio naturalis فى روما إلى جانب الإلتزام المدنى للتخفيف من حدة المبدأ القائل بأن العبد لا يستطيع أن يلتزم بعقود طبقا للقانون المدنى لأنه ليست له -

٦- وفى العصور الوسطى طغت على نظرية الإلتزام الأعراف الجرمانية فكان دور الإرادة متواضعا وكانت المسئولية المدنية تختلط أمدا طويلا بثأر خاص وبالمسئولية الجنائية (١) .

وكان للكنيسة والكنسيين l'eglise et les canonistes كذلك أثر هام فى نظرية الإلتزام ، فمثلا إحترام الوعد والكلمة المعطاة ، كان الأساس الذى مهد للقوة الملزمة للعقد . كذلك مهدت مبادؤهم لإقرار مبدأ المسئولية المدنية العام الذى صاغه دوما Domat فى القرن السابع عشر ونصت عليه المادة١٣٨٢ من التقنين المدنى الفرنسى(٢).

٧- وقد قسم بوتييه Pothier مصادر الإلتزام إلى خمسة هى : العقد وشبه العقد ، والجريمة وشبه الجريمة ، والقانون . وجاء التقنين المدنى الفرنسى بعد ذلك متبنيا هذا التقسيم (٣) .

- شخصية قانونية ولكنه يستطيع أن يلتزم طبقا للقانون الطبيعى وبذلك يصبح بعد إعتاقه ملزما بإلتزام طبيعى يعتبر الوفاء به صحيحا وليس من قبيل الهبة كذلك تقرر الإلتزام الطبيعى فى الحالات التى لاتستوفى فيها الشكلية عند التعاقد - أنظر:

Jean CARBONNIER. Droit Civil , les obligations t. 4, Paris (COLL Themis) 1972. no . 8 P. 13.

(١) ويل وتريه : فقرة ١٠ - ص ١٠.

(٢) ويل وتريه فقرة ١٠ - ص ١٠ .

(٣) السنهورى : الوسيط : فقرة ٢٤ ص ١٢٣ ، كاربونييه : فقرة ٥ ص ١٩ وسنناقش هذا التقسيم فيما بعد .

٨- وبصدور التقنين المدنى الفرنسى عام ١٨٠٤ (١) جاءت مرحلة جديدة فى تاريخ نظرية الإلتزام ، تقرر فيها مبدأ الرضائية وسلطان الإرادة على أوسع نطاق ، وزالت أغلب العقبات التى كانت تحد من تطورها والتى كانت من وضع الكنيسة أو الملك ، مثل تحريم الفائدة على القرض (٢) وعدم أهلية رجال الدين للتعامل . وتدخل الدولة فى المجال الإقتصادى والتنظيمات الحرفية أو المهنية (٣) .

وبعد صدور التقنين الفرنسى ، ظل الفكر الحر هو المسيطر على شرح نصوصه خلال الثلاثة الأرباع الأولى من القرن التاسع عشر . غير أن ظهور الآلات الحديثة والمصانع والشركات الكبرى قد أوجد تعقيدا فى العلاقات الإجتماعية ، وبعد أن كان مثار الشكوى

---

(١) ذكرنا من المؤلفات الفرنسية التى تشرح الإلتزمات القانون المدنى الفرنسى : بلانيول وريبير وإسمان وويل وتريه ، والأساتذة مازو ، وكاربونييه ، ونزيد هنا المؤلفات التالية :

- Baudouin (J.L) Traité elémentaire de droit civil , Les obligations 1970

- Starck (B.) Droit civil, obligations 1972

- Murty (F. G.) et Raynaud (P.) : Droit civil , les obligations. t. ll. ler vol . 1962.

(٢) لا شك فى أن إباحة الفوائد كان مساوى . هذا التطور أنظر فى هذا : الدروس التى القيناها على طلبة قسم الدكتوراه (دبلوم القانون الخاص) بكلية الحقوق بالرباط عام ١٩٧٥ ـ ١٩٧٦ حول عقدى الوديعة والقرض ـ الناشر : معهد المعارف بالرباط .

(٣) ويل وتريه . قرة ١٠ ـ ص ١١ .

فى القرن الثامن عشر هو كثرة القيود وتطلع الجميع إلى الحرية ، أصبح مثار الشكوى فى القرن التاسع عشر هو كثرة الحرية وأضرارها بمصالح طبقات معينة فى المجتمع وكذا الأزمات والحروب . لذلك بدأت تنتشر المذاهب الإشتراكية على حساب المذاهب الليبرالية . وظهرت أنظمة وقواعد قانونية جديدة لتعالج هذه المشكلات ، فاتسعت دائرة المسئولية غير الخطئية ، وزادت القواعد الآمرة التى تضع قيودا على حرية الإرادة فى التعاقد (١) .

٩- وقد تأثرت نظرية الإلتزم بعوامل كثيرة إجتماعية وإقتصادية وأدبية ففى تأثرها بالعوامل الإجتماعية ، تلقت تأثيرات من نظريات إشتراكية فالقوة الملزمة للعقد بدأت تقوم على التضامن الإجتماعى أكثر مما تقوم على إرادة الفرد. وبدأت الدولة تحمى الطرف الضعيف فى عقود الأذعان . واتسعت دائرة النظام العام لتقيد من سلطان الإرادة . وفى تأثرها بالعوامل الإقتصادية نتيجة إستخدام الآلات الحديثة ومخاطرها ، ظهرت نظرية تحمل التبعة ، واتسع نطاق التأمين فأكتسبت فكرة الإشتراط لمصلحة الغير أهمية خاصة .. كذلك عرفت العقود الجماعية والعقود المفروضة وعقود إلتزام المرافق العامة ، وعرفت نظرية الظروف الطارئة والتسعير الجبرى . وفى تأثرها بالعوامل الأدبية نجد نظرية التعسف فى إستعمال الحق وفكرة

---

(١) بلانيول وريبير وإسمان : فقرة ١٤ ـ ص ١٩ وما بعدها ؛ ويل وتريه فقرة ١١ ـ ص ١١ ص ١٣ .

الغش يفسد التصرفات ، ونظرية الإلتزامات الطبيعية واتساع دائرة الآداب " (١) .

ثانيا : تقسيمات الإلتزام

يقسم الإلتزام عادة من زاويتين : من حيث موضوعه ومن حيث مصدره .

١- تقسيم الإلتزام من حيث موضوعه .

١٠- قدمنا فى تعريف الإلتزام أنه رابطة بين دائن ومدين يلتزم الإخير بمقتضاها بأن يقوم لصالح الأول بإعطاء شيء أو بعمل شيء أو بالإمتناع عن عمل شيء . ومعنى هذا أن موضوع أو محل الإلتزام يكون أحد أمور ثلاثة : إعطاء ـ عمل ـ إمتناع عن عمل .

والواقع أن هذه الأمور الثلاثة يمكن أن ترد إلى واحد فقط هو القيام بعمل (٢) (بمعنى واسع) لأن الاعطاء يقتضى عملا ، والإمتناع عن عمل بدوره يعتبر عملا هو الإمساك عن المحظور .

وهناك تقسيم ثان للإلتزام من حيث موضوعه هو تقسيمه إلى إلتزام نقدى وإلتزام عينى .

---

(١) السنهورى : الوجيز فقرة ١١ ـ ص ١٢ ـ ص ١٤ .
(٢) كاربونييه : فقرة ٤ ـ ص ١٧ .

وثمة تقسيم ثالث هو تقسيم الإلتزام إلى إلتزام بوسيلة أو ببذل عناية وإلتزام بنتيجة أو بتحقيق غاية (١) . وسنعرض هذه التقسيمات فيما يلي :

١- الإلتزام باعطاء أو عمل أو إمتناع عن عمل

١١- الإلتزام بإعطاء يعني إلتزام المدين بنقل ملكية شيء ، أو بترتيب حق عيني للدائن على شيء . ولما كان نقل الملكية يتم كقاعدة عامة بمجرد انعقاد العقد فإن الإلتزام بإعطاء الشيء ينفذ في نفس اللحظة التي ينشأ فيها ، ولا يكاد يوجد هذا الإلتزام مستقلا إلا في حالات نادرة (كحالة أرض بيع منها مائة مترمربع ولم يتم إفراز القطعة المبيعة منها وتحديدها بعد) (٢) .

والإلتزام بإعطاء l'obligation de donner لا يعني هبة شيء بل الإعطاء هنا يمكن أن يكون معاوضه ، فهو مشتق من الكلمة

---

(١) يضيف الأساتذة مازو تقسيمات أخرى للإلتزام من حيث موضوعه منها الإلتزام العادى obligation ordinaire الإلتزام العينى obligation réelle ففى الإلتزام العادى يتحمل المدين بالدين (عنصر المديونية) ويسأل عنه فى أمواله (عنصر المسئولية) أما الإلتزام العينى فيوجد فيه العنصر الثانى دون الأول ، ومثاله الكفيل العينى فهو ليس مدينا ولكنه مسئول فى مال معين من أمواله عن دين على الغير ـ أنظر مازو : جـ ٢ ـ الفقرة ٢٢ ص ١٧ .

(٢) ويل وتريه : فقرة ٤ ـ ص ٢ ـ ٣ .

اللاتينية Dare وليس من كلمة Donare (١) .

١٢- أما الإلتزام بعمل فهو يوجب على المدين القيام بعمل معين لصالح الدائن كالإلتزام رسام بأن يرسم لوحة ، أو إلتزام مغنية بأن تحي حفلا ، أو إلتزام عامل بأن يحضر فى مواعيد معينة لدى رب العمل للقيام بما يكلفه به .

١٣- وأما الإلتزام بالإمتناع عن عمل فمعناه إلتزام المدين بعدم إتيان أمر معين كالإلتزم بائع المحل التجارى بعدم فتح محل مماثل فى نفس المنطقة التى يوجد بها المحل المبيع (إلتزام بعدم المنافسة) وكالإلتزام مغنية بعدم الغناء إلا فى ملهى معين .

١٤- وتظهر أهمية هذا التقسيم فيما يتعلق بتنفيذ الإلتزام بعمل أو بامتناع عن عمل فالإلتزام بعمل يقتضى تدخل المدين عادة فى الوفاء به ، ولذا فإن هذين الإلتزامين قد إرتبطا منذ القدم بقاعدة عدم جواز إجبار المدين مباشرة على القيام بعمل ، لأن هذا يتضمن إكراها يمارس على شخصه وفى ذلك مساس بحريته الشخصية وهو لا يجوز. ولذلك يستحيل الإلتزام بعمل أو بإمتناع عن عمل عندما يخل به المدين إلى إحدى صورتين : صورة التنفيذ العينى ، أو صورة التعوض النقدى

(١) كاربونيه : المصدر السابق : فقرة ٤ ص ١٦ ، ويل وتريه : ص ٢ هامش ٢ .

فهو يستحيل إلى التنفيذ العينى إذا كان الإلتزام لا يستوجب تدخل المدين بشخصه بل يمكن أن ينفذ بواسطة غيره على نفقته . فإجراء الإصلاحات التى يلتزم بها مؤجر البناء تجاه المستأجر يمكن تنفيذه بواسطة مقاول على نفقة المؤجر ، ولكن يلزم الحصول على إذن من القضاء بذلك خلال حالات الإستعجال . وامتناع بائع العقار عن التوقيع على العقد الذى سيجرى تسجيله يمكن الإستعاضة عنه بأن يحل حكم القاضى محل توقيع البائع فيصدر حكما بصحة ونفاذ التعاقد ، ويجرى تسجيل العقار باسم المشترى بمقتضى هذا الحكم . ويستحيل الإلتزام إلى صورة التعويض النقدى إذا كان لابد من تدخل المدين شخصيا بحيث لا يغنى الوفاء بواسطة غيره عن تدخله شخصيا (١) كالرسام الذى تعهد برسم صورة معينة ، ثم إمتنع عن التنفيذ ، فيلزم بتعويض نقدى للدائن .

وصعوبة إجبار المدين على التنفيذ فى حالة الإلتزام بعمل أو بإمتناع لا نجدها فى حالة الإلتزامات بإعطاء ، لأن نقل الملكية أو ترتيب الحق العينى ينفذ عادة فور إبرام التعاقد أى ينفذ الإلتزام فى نفس اللحظة التى ينشأ فيها (٢) ، ولا يبقى بعده إلا الإلتزام بتسليم

---

(١) كاربونييه : فقرة ١٤٣ ـ ص ٥٣٨ ـ ص ٥٤٠ .

(٢) وقفت الشريعة الإسلامية موقفا أسلم وأدق وأكثر منطقية فى هذه المسألة فلم تجعل نقل الملكية إلتزاما يترتب على عقد البيع مثلا ، بل جعلته حكم العقد لأنه يتم ضمن مضمون العقد ، لأنه لامعنى أن نجعل إنتقال الملكية إلتزاما =

الشىء ، وهذا التسليم يمكن تنفيذه بواسطة المحضرين إذا كان الشىء معينا بذاته وامتنع المدين عن تسليمه وكان بيد الدائن سند تنفيذى . أما الشىء المعين بالنوع فيجب لتسليمه أن يوجد الشىء وأن يفرز وأن يسلم إلى الدائن فإذا لم يتم ذلك كان للدائن أن يشترى على نفقة المدين شيئا مثليا مما إلتزم به المدين من الأسواق فإن لم يجد استحق الدائن تعويضا نقديا .

٢- الإلتزام النقدى والإلتزام العينى

١٥ – الإلتزام النقدى obligation pécuniaire محله آداء مبلغ من النقود فهو فى حقيقته إلتزام بإعطاء يرد على شىء مثلى هو النقود . ولكن النقود تختلف عن سائر المثليات فى أنها لا تعتبر بضائع ولذلك لا محل للنظر فى إشتراط درجة الجودة والصنف فيه . ومن ناحية أخرى فالنقود لا تتعين بالتعيين ، أى أن إفرازها لا يكفى لنقل ملكيتها إلى الدائن ، بل لابد من حصول التسليم الفعلى . وإبراء ذمة المدين بالإلتزام نقدى يأتى دائما بواسطة اعداد وحدات نقدية ذات عدد معين وتسليمها إلى الدائن ، وهذه الوحدات النقدية تصدرها الدولة . أى أن المدين يحل الدولة محله فى إيفاء الدائن (١). كذلك تنفرد بأحكام خاصة فيما يتعلق بالتأخير فى تنفيذ الإلتزام .

- ونقول إنه إنقضى فى نفس اللحظة التى نشأ فيها لأن الملكية إنتقلت بمقتضى العقد إذ يغنى عن ذلك القول بأن إنتقال الملكية هو حكم العقد .

(١) كاربونييه : فقرة ٤ ـ ص ١٧ .

١٦- أما الإلتزام العينى obligation en nature فهو الذى يكون محله إعطاء شيء غير النقود أو يكون محله عملا أو إمتناعا عن عمل .

١٧- وتظهر أهمية هذا التقسيم من الناحية الإقتصادية فيما يتعلق بإنخفاض قيمة النقود ففى حالة الإلتزام النقدى يتحمل الدائن الخسارة الناجمة عن الإنخفاض ويستفيد كذلك فى حالة إرتفاع قيمة النقود . أما فى حالة الإلتزام العينى فالدائن يكون فى مأمن من هذه التقلبات التى تكون عندئذ على عاتق المدين (١) .

٣- الإلتزام ببذل عناية والإلتزام بتحقيق غاية

١٨ - الإلتزام ببذل عناية l'obligation de prudence et de diligence أو الإلتزام بوسيلة l'obligation de moyen يقتضى من المدين بذل ما فى وسعه لتنفيذ ما تعهد به كالطبيب يلتزم بعلاج المريض ولكنه لا يلزم بأن يحقق له الشفاء فهو لا يضمن ذلك . وحتى لو إلتزم المدين بأن يتعقب نتيجة معينة ، فهو لايلزم بأن يصل إليها، إذ يكفى منه للوفاء بإلتزامه أن يكون قد قدم العناية الكافية لتحقيق هذه العناية .

---

(١) كاربونييه : فقرة ٤ ـ ص ١٧ .

١٩- أما الإلتزام بتحقيق غاية أو الإلتزام بنتيجة l'obligation de resultat أو الإلتزام المحدد l'obligation determinée فهو الذى يتعين على المدين به تحقيق النتيجة التى تعهد بها ، كالإلتزام المشترى بدفع الثمن .

٢٠ – وتظهر أهمية هذا التقسيم فيما يتعلق بعبء الإثبات ، فعدم تحقق النتيجة فى الإلتزام بتحقيق غاية يترتب عليها إفتراض الخطأ فى جانب المدين (١) .

ويلاحظ أن جيمع الإلتزامات بامتناع عن عمل هى فى نفس الوقت إلتزامات بتحقيق غاية معينة .

ب ـ تقسيم الإلتزام من حيث مصدره

٢١ – مصدر الإلتزام هو ذلك السبب القانونى الذى أنشأه . وقد قدمنا أنه كانت هناك نظرية تقليدية تقسم مصادر الإلتزام إلى خمسة هى : العقد وشبه العقد ، والجريمة وشبه الجريمة ، والقانون وأن هذا التقسيم قد انتقل إلى التقنين المدنى الفرنسى الصادر سنة ١٨٠٤ ، ولم يتعرض فقهاء القانون الفرنسى لهذا التقسيم بنقد طوال القرن التاسع عشر، حتى جاء الفقيه مارسيل بلانيول ، فهاجم هذا

---

(١) ويل وتريه : فقرة ٤ ، ص ٤ .

التقسيم (١) . فيرى بلانيول أن التفرقة بين الجريمة وشبه الجريمة باعتبار الأولى فعلا عمديا والثانية فعلا غير عمدى ، هى تفرقة غير ذات أهمية سواء من حيث ترتيب الإلتزام أو من حيث أثر الإلتزام ففى الحالتين ينشأ الإلتزام ويستحق التعويض كاملا . وكذلك الشأن فى العقد وشبه العقد تقول النظرية التقليدية إن شبه العقد عمل إختيارى مشروع ينشأ إلتزاما نحو الغير (كالفضالة) يقترب من العقد فى أنه إرادى ، ويبتعد عن الجريمة وشبه الجريمة فى أنه عمل مشروع وصحيح . والصحيح عكس ذلك ، ذلك أن شبه العقد بعيد عن العقد لأنه غير إرادى ، وقريب من الجريمة وشبهها لأنه غير مشروع . أما كونه غير إرادى فيبدو واضحا لدرجة أنه قد ينشأ رغم إرادة الملتزم ، ولذلك لا تشترط فيه الأهلية (١) . وأما كونه غير مشروع فلأن مصدر إلتزام المدين هو الإثراء على حساب شخص آخر ، وهذا الإثراء فى ذاته عمل غير مشروع . ويرى بلانيول أن ترتب مصادر الإلتزام باعتبارها نابعة من مصدرين : العقد والقانون . ويلحق شبه العقد والجريمة وشبه

---

(١) كتب فى ذلك مقالا بالمجلة الإنتقادية سنة ١٩٠٤ص ٢٢٤ وما بعدها غير أن توليبه قد سبقه إلى نقد هذا الترتيب التقليدى . أنظر : السنهورى ـ الوسيط جـ ١ ـ ص ١٢٥ هامش رقم ١ . وأنظر أيضا : الدكتور محمود جمال الدين زكى : الوجيز فى نظرية الإلتزام ـ الجزء الأول : المصادر ـ ١٩٧٦ .

(٢) وإذا كانت تظهر فيه إرادة أحيانا فليست إرادة الملتزم . فمن ينشىء بناء على أرض الغير يترتب عليه إلتزام صاحب الأرض برد ما أثرى به على حساب صاحب البناء ، لا يكون هو الملتزم بل صاحب الأرض الذى لم تصدر منه إرادة بل فوجىء بالبناء مقاما على أرضه . السنهورى ـ الوجيز : فقرة ١٥ ـ ص ١٩ ـ ٢٠ .

الجريمة بالقانون . ولكن جانبا هاما من الفقه لايشاركه الرأى فى ذلك ويرى أنه كان يجب أن يبرز العمل المادى كمصدر مستقل عن القانون كما برز العقد مستقلا . ومن ناحية أخرى لوحظ أن بلانيول قد بالغ فى إعتبار شبه العقد عملا غير مشروع . والحق أن المثرى إلتزم بعمل فى أصله مشروع ، وأن كان قد تسببت عنه نتيجة غير مشروعة (١) .

٢٢ – والترتيب الذى أخذت به كثير من التشريعات الحديثة هو تقسيم مصادر الإلتزام إلى خمسة هى : العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع (ويشمل الجريمة وشبه الجريمة) والإثراء بلا سبب (شبه العقد) والقانون (٢) .

والتقنين المدنى المصرى لم يورد نصا لبيان مصادر الإلتزام وإنما إكتفى بذكرها فى عناوين فصول الباب الأول من الكتاب الأول وعنوانه مصادر الإلتزام ، فجعل الفصل الأول للعقد ، والثانى للإرادة المنفردة والثالث للعمل غير المشروع والرابع للأثراء بلا سبب والخامس للقانون .

---

(١) السنهورى ـ الوسيط : فقرة ٢٨ ـ ص ١٢٥ ـ ص ١٢٦ .

(٢) أخذ بذلك من التقنيات العربية كل من التقنين المدنى المصرى والسورى والليبى والعراقى واللبنانى ومن التقنينات الغربية : الألمانى والإيطالى والسويسرى أنظر السنهورى — الوسيط — جـ ١ فقرة ٣٠ ص ١٢٧ .

وهذا الترتيب الذى أخذت به بعض التشريعات الحديثة من حيث تقسيم مصادر الإلتزام إلى خمسة هو تقسيم عملى يصعب رده إلى أساس علمى .

٢٣ - غير أنه يمكن الأخذ بتقسيم آخر للمصادر ذى صيغة علمية هو تقسيمها إلى : التصرف القانونى أو العمل القانونى l'acte juridique والواقعة القانونية le fait juridique (١) .

فالتصرف القانونى يشمل المصادر الإرادية : العقد والإرادة المنفردة . والواقعة القانونية تشمل المصادر الأخرى : الجريمة وشبه الجريمة وأحيانا القانون (٢) .

والتصرف القانونى تعبير عن الإرادة بقصد إحداث آثار قانونية مقصودة لذاتها . أما الواقعة القانونية فهى واقعة مادية غير إرادية (مثل الوفاة) أو واقعة إرادية ولكنها لا تقصد إلى ترتيب الإلتزام بصفة مباشرة (مثل قيادة سيارة بسرعة فائقة) يترتب عليها الإلتزام (٣) .

---

(١) جمال زكى : فقرة ١٢ ـ ص ٢٠ ـ ٢٢ .

(٢) كاربونيه : فقرة ٥ ـ ص ٢٠ ـ ٢١ ، فمثلا الجوار واقعة مادية ترتب إلتزامات نص عليها القانون ، ومن المتصور أن توجد إلتزامات قانونية ليس مصدرها واقعة مادية بحته ، كما هو الشأن فى الوصى القضائى le tuteur datif إذ أن إلتزاماته تنشأ من مزيج من الواقعة القانونية وهى الوفاة ، ومن التصرف القانونى وهو مداولة مجلس الأسرة . أنظر كاربونييه فى نفس الموضع .

(٣) كاربونييه : فقرة ٥ ـ ص ٢٠ ـ ٢١ .

ولتوضيح فكرة التصرف القانوني والواقعة القانونية اللتين يقوم عليها هذا التقسيم ، ننقل عن الأستاذ الدكتور السنهوري هذه العبارات : " لو كان لنا أن نتصور أن الأرض كفت عن الدوران وأن كل مخلوق عليها ركن إلى السكون أمكن أن نقول أن العلاقات القانونية تبقى على حالها دون تغير في الوقت الذي تجمد فيه كل حركة . فإذا حدثت بعد ذلك أية حركة ، فقد يكون من شأنها أن تعدل في هذه العلاقات . هذه الحركة التي وقعت نسميها بالواقعة ، فإذا كان من شأنها أن تنتج أثرا قانونيا سميت بالواقعة القانونية وهي إما أن تكون راجعة لإرادة الإنسان أو أنها لا ترجع إلى هذه الإرادة . فهبوب العواصف وإنفجار البراكين ودوران الأرض كل هذه وقائع لا ترجع لإرادة الإنسان بل هي من عمل الطبيعة ، وقد تؤثر في العلاقات القانونية الموجودة : هبوب العواصف أو إنفجار البراكين قد يكون قوة قاهرة تعفي المدين من إلتزامه ، ودوران الأرض حول نفسها يعين ساعات تنفيذ الإلتزام في عقد العمل . ودورانها حول الشمس يحصي عدد السنين اللازمة للتملك بالتقادم . والوقائع التي ترجع لإرادة الإنسان أكثرها أعمال مادية قد يريد صاحبها أن يحدث أثرا في الروابط القانونية الموجودة أو لا يريد ذلك . . . فهو يأكل ويمشي ويتحدث ويعاشر الناس ويجاملهم ، وهو لا يريد عادة من وراء هذا أن يؤثر في علاقاته القانونية ولكن هذه العلاقات قد تتأثر . فإذا أكل شيئا لا يملكه أصبح مسئولا عن تعويض المالك وإذا مشى دون حيطة فأتلف شيئا ، وجب عليه تعويض ما أتلف وإذا تحدث فذكر مثالب الغير فقد يكون هذا سبا أو قذفا يجعله مسئولا . وإذا جامل الغير فقام ببعض شئونهم فقد يجد

نفسه ملزما بإتمام ما بدأ به . . . وهناك من الوقائع التي ترجع لإرادة الإنسان ما ليس بأعمال مادية بل هو عمل الإرادة المحضة تتجه إلى إحداث نتائج قانونية معينة . هذه الوقائع تسمى تصرفات قانونية " (١) .

وإذا أدرجنا مصادر الإلتزام الخمسة المعروفة الآن تحت هذا التقسيم فإن التصرف القانوني يندرج تحته العقد والإرادة المنفردة . والواقعة القانونية تندرج تحتها المصادر الثلاثة الأخرى ، وذلك لأن الوقائع المادية قد تكون وقائع طبيعية (كالجوار والقرابة) يرتب عليها القانون إلتزامات تحقيقا للعدالة والتضامن الإجتماعي فيعتبر مصدرها المباشر القانون ، وقد تكون الوقائع المادية أعمالا مادية ، وهذه إن أضرت بالدائن رتبت الإلتزام والمسئولية التقصيرية على مرتكبها وسميت الفعل الضار ، لأنها عمل غير مشروع ، وإذا كانت فعلا أفقر الدائن وأغنى مرتكبها على حسابه رتبت الإلتزام برد الأثراء على

---

(١) السنهوري : الوجيز فقرة ١٧ ـ ٢٢ ـ ٢٣ وأنظر أيضا دروسا ألقاها على قسم الدكتوراه عام ٥٣ ـ ٥٤ بعنوان التصرف القانوني والواقعة القانونية . " وأنظر في الإعتراض على هذا التقسيم أو محاولة تعديله : عبدالحي حجازي ، النظرية العامة للإلتزام ـ جـ ٢ ـ ص ٩ ، عبدالباسط جميعي نظام الإثبات في القانون المدني المصري ـ الطبعة الثانية ـ ص ٥٠ ، اسماعيل غانم أحكام الإلتزام ص ٤ هامش رقم ١ . غير أن جانبا هاما من الفقه المصري يؤيدالتقسيم أنظر حشمت أبو ستيت : نظرية الإلتزام ـ الطبعة الثانية ـ جـ ١ فقرة ٢٣ ، أنور سلطان : مصادر الإلتزام فقرة ٢٣ ، جمال زكي : فقرة ١٢ ـ ص ٢٠ ـ ٢٢ .

حساب الغير وسميت الفعل النافع (١) .

وهذا التقسيم للمصادر الى تصرف قانونى وواقعة قانونية وإن كان يلقى بعض الإعتراضات إلا أنه ما زال يكتسب أنصارا أكثر فى الفقه .

كذلك يمكن تقسيم الإلتزامات من حيث مصادرها إلى إلتزامات إرادية وغير إرادية (٢) وهذا هو نفسه التقسيم الذى تحدثنا عنه الآن ، فيما عدا أن الإرادة يكون لها أحيانا دور فى مجال الواقعة القانونية بحيث يدعو الأمر إلى ترجيح ما إذا كنا بصدد تصرف قانونى أم واقعة قانونية.وهذا التقسيم يبرز أهمية دور الإرادة فى الإلتزامات الإرادية (العقد والإرادة المنفردة) وبالتالى تتعلق به شروط تكون هذه الإلتزامات

---

(١) بناء على ذلك يمكن أن نتصور هذا التقسيم بالصورة التالية :

مصادر الإلتزام

- التصرف القانونى
  - من جانبين (العقد)
  - من جانب واحد (الإرادة المنفردة)
- الواقعة القانونية
  - وقائع طبيعية (الجوار - القرابة - إلخ) مصدرها القانون
  - أعمال مادية
    - غير مشروعة (المسئولية التقصيرية)
    - مشروعة (الإثراء بلا سبب)

(٢) أنظر مازو : جـ ٢ ـ ص ٢ .

ولكنها من حيث الآثار والإثبات لا تختلف عن غيرها من الإلتزامات بصفة عامة .

ثالثا : السمات الحديثة لنظرية الإلتزام

يمكن فى هذا المجال أن نشير إلى بعض الأفكار والمذاهب الحديثة فى نظرية الإلتزام :

٢٤ – ١- يرى بعض الفقهاء أن تقييد شخص يمكن أن يأتى بصور مختلفة وبدرجات متفاوتة ، فهناك " ما ينبغى " Le Falloir وهو أوسع نطاقا من ما يجب le devoir وهذا بدوره أوسع نطاقا من الإلتزام (١) l'obligation .

٢٥- ٢- يرى البعض أن الإلتزام يتجه نحو الرابطة الثلاثية الأطراف تدخل فيها الدولة إلى جانب الطرفين الأصليين الدائن والمدين

---

(١) كاربونييه : فقرة ٣ ــ ص ١٢ ، وانظر المصادر التى يشير إليها ويلاحظ أن فكرة الواجب موجودة فى كل إلتزام بل وفى جوهره ، ولكن من الناحية الإنسانية يجب أن يكون ذلك الواجب ممكنا إذ لا تكليف بمستحيل ومن ناحية أخرى تقتضى فكرة الواجب وجود جزاء من الدولة Sanction étatique يحمى وجوده وتنفيذه ولكن هذا الجزاء يتفاوت فيبدو صارما فى الإلتزام المدنى l'obligation civile ضعيفا فى الإلتزام الطبيعى l'obligaton naturelle (كاربونييه فقرة ٢ ص ٧ ـ ١١)

فالدولة هى التى تزود الإلتزام بالجزاء وتنفذه ، وهى سيدة النقود والأسعار والقوة القاهرة (١) .

٢٦- ٣- أبرز الفقهاء الألمان الناحية المادية فى الإلتزام ولكى نوضح مفهومها يجب أن نرجع إلى الإلتزام فى عهد القانون الرومانى فقد كان يبدو فيه طابع شخصى فهو رابطة قانونية بين دائن ومدين juris vinculum وكانت فى القديم تعطى الدائن سلطة على جسم المدين فيحق له أن يسترقه ؛ وكان المميز بين الحق الشخصى والحق العينى هو أن الحق الشخصى سلطة لشخص على شخص ، والحق العينى سلطة لشخص على شىء . وما زالت حدة هذا المبدأ تخف بالتدريج إلى أن اقتصر التنفيذ بالدين على مال المدين بدلا من شخصه . ويصل الدائن إلى التنفيذ على هذا المال بواسطة المدين نفسه ، أى عن طريق ذمته المالية . وظلت فكرة الشخصية ملازمة للإلتزام حتى فى نظر بعض الفقهاء الألمان مثل سافينى ، الذى رأى فى الإلتزام كرابطة تخضع المدين للدائن ، صورة مصغرة من الرق ، لأن الدائن إذا إمتلك المدين خضع له خضوعا كاملا وكان ذلك هو الرق الكامل ، والإلتزام فيه خضوع جزئى ، فهو رق جزئى ، فالملكية والإلتزام يرتبان الخضوع ، وهما فى نظره من طبيعة واحدة ولا يختلفان إلا فى الدرجة . غير أن لفيفا آخر من الفقهاء الألمان وعلى رأسهم جيرك GIERKE فى القرن التاسع عشر قد أبرزوا

---

(١) كاربونييه : فقرة ٣ ـ ص ١٢ .

الفكرة الجرمانية فى الإلتزام ، وهى ذات طابع مادى فهى تجرد الإلتزام من الرابطة الشخصية ، فيصير عنصرا ماليا منفصلا عن كل من الدائن والمدين ويختلط بالمحل فيصبح شيئا ماديا ذا قيمة مالية ورتبوا على ذلك نتيجتين هامتين : الأولى أنه من المتصور تغير أشخاص الإلتزام الدائن والمدين بحوالة الحق وحوالة الدين والثانية أنه من المتصور نشوء الإلتزام دون أن يوجد الدائن إذ يكفى أن يوجد وقت تنفيذ الإلتزام . وعلى هذه الفكرة وجدت صور من الإلتزام بلا دائن عند نشوئه ، كالوعد بجائزة ، والتأمين لصالح شخص غير معين (لصالح من يثبت له الحق فيه) أو لصالح أولاد لم يولدوا بعد . كذلك السند للحامل لا يتعين فيه الدائن بصفة نهائيةإلا عند المطالبة . وبذلك أصبح لدينا مذهب رومانى الأصل هو المذهب الشخصى فى الإلتزام ومذهب جرمانى الأصل هو المذهب المادى فى الإلتزام (١) .

ومن الصعب الأخذ بأحد المذهبين دون الآخر ، فكل منهما يكمل الآخر ، لأن الإلتزام له جانب مادى كما أن له جانبا شخصيا ، وما عجز عن تقريره المذهب الشخصى إستطاع أن يجعله المذهب المادى فى متناول الأيدى . فهو يزيد فى تيسير وتبسيط تداول الأموال.

٢٧ - ٤ - حاول بعض الفقهاء أن يقرب بين الحق الشخصى والحق العينى ، فاتجه فريق إلى إدماج الحق الشخصى فى الحق العينى

---

(١) السنهورى - الوجيز : الفقرات من ٤ إلى ٧ ، ص ٧ - ص ١١ .

واتجه فريق آخر إلى إدماج الحق العينى فى الحق الشخصى ، وذلك على النحو التالى :

ذهب فريق يتزعمه بلانيول إلى أن الحق العينى يقرب من الحق الشخصى ، فكلاهما رابطة بين شخصين ، والحق العينى يشبه الحق الشخصى فى إشتماله على ثلاثة عناصر هى محل الحق والدائن والمدين ، فالملكية محلها الشيء المملوك والدائن هو المالك ، والمدين هو كل الناس عدا صاحب الحق ، فهم مدينون له باحترام حقه ، والمدين هنا شخص غير معين ، ولكنه فى الحق الشخصى يكون شخصا معينا (١) .

وذهب فريق يتزعمه سالى ولامبير إلى أن الحق الشخصى عنصر من عناصر الذمة المالية كالحق العينى ، فيمكن أن يباع ويوهب ويرهن وبذلك تتجرد القيمة المالية للحق الشخصى عن الدائن والمدين ويقرب من الحق العينى أى أن تقريب الحق الشخصى من العينى يؤدى إلى الأخذ بالمذهب المادى فى الإلتزام .

والواقع أن كلا الرأيين يقوم على إغفال الفروق الجوهرية بين الحق الشخصى والحق العينى فالأول يعتبر الناس كافة مدينين لصاحب الحق العينى باحترام حقه ، والواقع أن ذلك موجود أيضا فى الحق

---

(١) بلانيول وريبير واسمان : جـ ١ ـ فقرة ٢١٥٨ وما بعدها .

الشخصى ، فالناس ملتزمون باحترام هذه الرابطة الشخصية ، فإذا حرض أحدهم المدين على عدم الوفاء بتعهده كان مسئولا عن ذلك ولكن الحق الشخصى يتميز عن الحق العينى بأن هناك مدينا معينا دائما ، ولا وجود لهذا المدين المعين فى الحق العينى (١) . ومن ناحية أخرى ليس إلتزام الكافة باحترام الحق إلتزاما بالمعنى الفنى المقصود . فهناك من هذا القبيل ملايين من الواجبات السلبية على عاتق كل منا بأن يحترم حقوق الملايين من الأفراد غيره ، وكما يقول بعض الفقهاء لو كان لكل من هذه الواجبات وزن شعرة لناء بحمله أشد الناس قوة (٢) ، ومع ذلك فنحن لا نحس لها ثقلا بل ولا نكاد نلمس لها وجودا . وإنما ينشأ الإلتزام بالمعنى الفنى عندما يقع إعتداء على حق من هذه الحقوق ، فعندئذ يلتزم المعتدى بالتعويض ، والرأى الثانى كذلك لم يستطع أن يزيل الفوارق بين الحق الشخصى والحق العينى ، لأن سلطة الدائن على محل الحق مباشرة فى الحق العينى يستخدمها دون وساطة أحد أما فى الحق الشخصى فسلطة الدائن مباشرة يستخدمها بواسطة المدين (٣) والحق العينى باعتباره حقا مطلقا يستتبع تخويل صاحبه حق التتبع le droit de suite وحق التقدم droit de preference وهذان لا وجود لهما فى الحق الشخصى فالدائن بحق شخصى لا يستطيع أن ينفذ إلا على أموال المدين الموجوده فى ذمته

---

(١) السنهورى : الوجيز فقرة ٢ ـ ص ٥ .

(٢) سليمان مرقس : دروس الدكتوراه فى المسئولية المدنية ـ فقرة ١٢٢ ـ ص ٢٤٤.

(٣) السنهورى : الوجيز فقرة ٢ ـ ص ٥ .

وقت التنفيذ ، أما أمواله التى خرجت من ذمته فلا يستطيع الدائن التنفيذ عليها ولو كانت قائمة فى ذمته من قبل وقت نشوء الحق الشخصى . كذلك يخضع الدائن لمزاحمة الدائنين الآخرين عند التنفيذ ، وليس له أن يتقدم عليهم ما دام لا يحتفظ بحق عينى على مال معين من أموال المدين (١) .

والحق العينى الأصل فيه أن يكون دائما مؤبدا (خاصة فى الملكية) أما الحق الشخصى فهو قيد على الحرية الفردية ولذلك كان الأصل فيه التأقيت . ودور الإرادة كمصدر للحق أظهر فى مجال الحق الشخصى منه فى مجال الحق العينى (٢) .

ومع ذلك فمن المتصور أن يتبع الحق العينى الحق الشخصى أو العكس . أما أن يتبع الحق العينى الحق الشخصى فإننا نلمسه فى التأمينات العينية (الرهون والإمتيازات) فهى دائما ضامنة لحق شخصى وتنقضى بإنقضائه . وأما أن يتبع الحق الشخصى الحق العينى فنجده فى إلتزامات صاحب حق الإنتفاع تجاه مالك الرقبة وفى إلتزامات الجوار (٣) .

---

(١) ويل وتريه : فقرة ٨ – ص ٧ .
(٢) ويل وتريه : فقرة ٨ ـ ص ٨ .
(٣) ويل وتريه : فقرة ٨ ـ ص ٨ .

وفى بعض الأحيان يقرب المشرع بين الحق الشخصى والحق العينى تقريبا يهدد الفواصل والفوارق الموجودة بينهما ، أو يثير اللبس فى بعض المسائل . فمثلا يجيز القانون رهن الديون كما ترهن العقارات ويعتبر المشرع حق المستأجر حقا شخصيا مع لأنه لا يختلف عن حق الإنتفاع وهو حق عينى . والأولى جعله حقا عينيا (١) .

٢٨ – ٥ – التوحيد الدولى لقانون الإلتزامات : تعتبر مادة الإلتزامات من أصلح المواد للتوحيد بين مختلف الدول المتحضرة ، لأن الظروف الإقتصادية والإجتماعية التى تتطور وتتأثر بها متشابهة تقريبا فى بلاد المدنية الحديثة . كذلك تتجه التجارة نحو أن تصبح دولية مما يدعو إلى إيجاد أساس من القواعد القانونية لتشجيعها . ولم تتم محاولات كثيرة لهذا التوحيد ، فقد أعد عقب الحرب العالمية الأولى مشروع لتوحيد تقنين الإلتزامات بين فرنسا وإيطاليا بواسطة لجنة مشتركة انتهى إعداده عام ١٩٢٨ أضاف نصوصا جديدة ونقح نصوصا قديمة ، ولكن لم يصدر هذا التقنين فى أى من البلدين وإن كان المشرع الإيطالى قد إستعان به فى تعديل القانون المدنى الإيطالى عام ١٩٤٢ . وينادى بعض الفقه بالتوحيد بين دول السوق الأوربية المشتركة (٢) .

---

(١) ويل وتريه : فقرة ٨ ـ ص ٨ ـ ص ٩ . وسيأتى أن الفقه الإسلامى يجعل من حق المستأجر حقا عينيا غير أن التسمية الفقهية الإسلامية للحق العينى سنبينها بعد قليل .

(٢) ويل وتريه : فقرة ١٤ ـ ص ١٥ ـ ص ١٦ .

وفى الشرق نجد التقنين المدنى المصرى الجديد الصادر عام ١٩٤٨ قد استلهمه المشرعون فى بعض دول الشرق مثل ليبيا وسوريا والعراق مما يعتبر نوعا من التوحيد . وقد نفذ التقنين المدنى الفرنسى خاصة بنظرية الإلتزامات إلى التقنينات التى وضعت فى القرن التاسع عشر تقريبا (١).

رابعا : نظرية الإلتزام فى الفقه الإسلامى

٢٩ – تختلف تصورات الفقه الإسلامى للإلتزام عن القوانين الحديثة وعن القانون الرومانى الذى تلقت عنه معظم التشريعات الحديثة نظرية الإلتزام فى خطوطها العريضة وأسسها وسنجد من خلال عرضنا لأفكار الفقه الإسلامى أن جوانب هذا الإختلاف تؤكد أصالة الفقه الإسلامى ، وأنه لم يكن مستمدا من القانون الرومانى كما يردد بعض المستشرقين (٢) وأننا سوف نجد أن بعض أفكار الفقه الإسلامى لم تعرف فى الفقه الغربى إلا حديثا وبعد تطور طويل . مما يؤكد إرتفاع وعلو شأن الفقه الإسلامى عن غيره من فقه القوانين الأخرى .

---

(١) بلانيول وريبير : جـ ٦ فقرة ٥ ـ ص ٥ .

(٢) دعاوى المستشرقين حول تأثر الفقه الإسلامى بالقانون الرومانى دعاوى لاتقوم على أساس صحيح. ويمكن أن نقدم فيما يلى بعض الأدلة على ذلك:

١– إن هناك موضوعات كبرى وأساسية فى الفقه الإسلامى لا نظير لها فى القانون الرومانى. ومنها العبادات (الصلاة والصوم والزكاة والحج) والحدود –

٣٠- وتعرف القوانين الحديثة الحق كما يعرفه الفقه الإسلامى ، وتعرف كذلك الرخصة وهى إباحة القيام بعمل معين . ويمكن أن

- (الزنا والسرقة والقذف والخمر والحرابة) . وهناك موضوعات لها نظم مختلفة عن النظام الرومانى ، فنظام الميراث والزواج والطلاق وثبوت النسب والرق والعتق وأحكام الربا وأقسامه والمداينة ونظام القضاء وحقوق الدولة العامة ودستور الدولة كل ذلك نظم فريدة فى الشريعة والفقه الإسلاميين .

٢- إن بعض العلماء يرون أن العكس هو الصحيح أى أن القانون الرومانى هو الذى تأثر بنظم البلاد الشرقية ويقولون إن القانون الرومانى لم يزل فى سذاجة غير راقية إلى أن حدث إلتماس بينه وبين البلاد الشرقية سوريا وآسيا الصغرى وشمال إفريقيه وأن قانون الشعوب كله له تأثير على نظم القانون الرومانى القديم وأن جاييس أكبر مقننى روما كان شرقيا من أهالى آسيا الصغرى ، ولما ظهر الإسلام كانت القوانين الرومانية قد زالت عن الولايات الشرقية من الإمبراطورية البيزنطية وحلت محلها التقاليد والعادات المحلية وتحكيمات الرهبان والقسيسين وهؤلاء كانوا يحقدون على القانون الرومانى وينفرون منه لأنه قانون الكفار فى نظرهم . ويشتبه الكاتب الإنجليزى ولسن فى أن تكون الرعية التابعة للإمبراطور جستينيان قد إستفادت كثيرا من مجموعة قوانينه لأن أكثرها باللاتينية، وأكثر رعيته يتكلمون اليونانية وبعضهم يتكلمون السريانية أو العربية ؛ ثم أنه قد غير موسوعته هذه مرارا حسب أهوائه المتغيرة أثناء السنين الثلاثين الأخيرة من حكمه وقلما رجع أحد من أهالى القسم الشرقى للدولة الرومانية إلى المحاكم العدلية الرسمية ، إذ كانوا يرجعون إلى رجال الدين المسيحى .

٣- أن القانون الرومانى كان مليئا بالشكليات فى المعاملات ولذلك لم يتوصل إلى مبدأ الرضائية فى التعاقد ، أما الفقه الإسلامى فقد أقر هذا المبدأ منذ ظهوره ولا توجد فيه شكليات فى التعامل ثم إن القانون الرومانى يقسم فى العادة إلى الأشخاص والأشياء والدعاوى أما الفقه الإسلامى فيقسم فى المؤلفات إلى العبادات والمعاملات والعقوبات فالتقسيمات مختلفة تماما .

٤- أنه لا يوجد فى الفقه الإسلامى اصطلاح واحد معرب عن اللاتينية على خلاف علوم أخرى مثل الفلسفة والجغرافيا التى تعتبر أسماؤها معربة ، -

نضرب مثلا على ذلك بفكرة الملك : فالملكية حق ولكن السير في الطرقات رخصة ، وحرية التملك رخصة . غير أن الفقه الإسلامي يعرف غير الحق والرخصة مرتبة وسطى بينهما : تعلو الرخصة لأنها أقوى منها وتهبط عن مستوى الحق لأنها أضعف منه ، تلك هي منزلة من لديه سبب يستطيع أن يتملك به . فمن وجه إليه إيجاب بشراء دار كان له أن يقبل . فهو لم يملك الدار بعد في الفترة بين الإيجاب والقبول فهو في منزلة دون منزلة الحق ، وهو ليس في منزلة الرخصة أي منزلة حرية التملك لأية دار بدون تعيين ، بل هو في منزلة أعلى من ذلك هو في منزلة من لديه سبب يستطيع أن يتملك به ، أو منزلة " من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتمليك" كما يقول القرافي في الفروق أي أن ملكيتها لا تتوقف عندئذ على إرادة غيره أو على البحث عن

- وقد نجد مصطلحات معربة من الفارسية أو السريانية مثل كلمة سفتجة (أي كمبيالة) وكلمة صك . أما اللاتينية فلم يعرب منها شيء .

٥- لأنه لا توجد مؤلفات رومانية مترجمة إلى العربية . والنبي صلى الله عليه وسلم لم يكن يتكلم اللاتينية أو اليونانية . وأسفاره المعروفة كانت إلى مناطق لا يسود فيها القانون الروماني . وحتى المدرسة القانونية الرومانية التي كانت قديما في بيروت قد تهدمت في زلزال مدمر سنة ٥٥١ ميلادية حطم المدينة وقتل أكثر من ثلاثين ألف شخص منهم عدد كبير من طلاب هذه المدرسة وهذا الحادث وقع قبل ميلاد الرسول بعشرين سنة كذلك كان جستنيان قد أغلق من قبل مدرسة قيسارية بفلسطين ومدرسة الإسكندرية ومدرسة أثينا ولم تبق إلا مدرستا روما والقسطنطينية ، أنظر : بحثا للدكتور محمد حميدالله في كتاب : هل للقانون الرومي تأثير على الفقه الإسلامي من ص ٢٧ إلى ص ٤٤ ، وبحثا للدكتور معروف الدواليبي في نفس الكتاب (سبقت الإشارة إليه) من ص ٨٧ إلى ١١٤ وبهذا الكتاب بحوث أخرى ذات قيمة لعدد من المستشرقين حول نفس هذه المسألة.

سبب قانونى يتملكها به ، إذ أنه يستطيع بإرادته هو بمجرد أن يقبل الإيجاب أن يتملكها ، أو بعبارة أخرى قد نشأ له سبب قانونى يتيح له أن يتملكها لو أعلن عن إرادته فى ذلك . فمن يقول : إننى أستطيع أن أتملك مائة عمارة ، ولكنه لا يملك شيئا منها الآن ، إنما يتحدث عن حرية التملك أى عن رخصة من الرخص . ومن يقول : إننى أملك عمارة إنما يتحدث عن حق من الحقوق هو حق الملكية لأنه يملك فعلا . ومن يقول : إننى قد عرض على شراء هذه العمارة ، فهو يتحدث عن المنزلة الوسطى بين الحق والرخصة ، إذ أنه لديه سبب يقتضى المطالبة بتمليكه إياها .

هذه المرتبة الوسطى بين الحق والرخصة لم يعرفها الفقه الغربى إلى حديثا ، وبالتحديد الفقه الجرمانى الحديث ، إذ نجد فون تور Von Tuhr يسمى هذه المنزلة الوسطى بالحق المنشىء le droit Formateur ويعرفه بأنه مكنة تعطى للشخص بسبب مركز قانونى خاص فى أن يحدث أثرا قانونيا بمحض إرادته La faculté appartenant à une personne , en raison d'une situation juridique speciale, de produire par sa seule volonté un effet juridique .

ويضرب أمثلة على ذلك بحالة من وجه إليه الإيجاب ، ومن له حق إسترداد الحصة المبيعة وحق بائع الوفاء فى إسترداد المبيع وحق الشفيع فى الأخذ بالشفعة .

٣١ – وإذا تناولنا بالحديث مرتبة الحق ، فإننا لا نجده فى الفقه الإسلامى منقسما إلى حق شخصى وحق عينى كما فى الفقه الغربى ، بل يلاحظ أن فكرة الحق فى الفقه الإسلامى تشمل الحقوق المالية وغير المالية ، فثمة حق الله وحق العبد ، وإذا اقتصرنا على نطاق العلاقات المالية التى نحن بصددها فى هذا المقام ، فإننا نجد فى رابطة المديونية : الدائن صاحب الحق ، والمدين الملتزم أو كما تسميه آية المداينة : " الذى عليه الحق " ، فتقول هذه الآية الكريمة " وليملل الذى عليه الحق " (سورة البقرة – الآية ١٨٢) وإذا كان الفقه اللاتينى يعبر دائما عن هذه الرابطة بكلمة الإلتزام ، فإن الفقه الإسلامى يفضل إستعمال الحق . أى أن الفقه اللاتينى ينظر دائما من زاوية الدين فيعبر عنها بالإلتزام بينما الفقه الإسلامى ينظر من زاوية الدائن فيعبر عنها بالحق .

٣٢ – وإذا أردنا المفاضلة بين هاتين النظرتين ، فإننا نختار وجهة نظر الفقه الإسلامى ، لأن هذه الرابطة وما شرع لضبطها من أحكام إنما تهدف إلى حماية حق الدائن وصيانته (١) . ولذلك فإننا يجب أن نتبنى فى هذه النظرية ما يحقق هذه الغاية (٢) . فنحن نقرر الأحكام مراعين الغاية المنشودة منها . اما النظرية اللاتينية فإننا نلاحظ

---

(١) السنهورى : مصادر الحق – جـ ١ – ص ٩ – ص ١٢ .

(٢) يقرب من هذا الإتجاه رأى بوفندورف Pufendorf فى كتابه واجبات الإنسان والمواطن devoirs de l'homme et du ci toyen الكتاب الأول – الفصل التاسع حيث يؤسس القوة الملزمة للعقد على الحاجة إلى توفير الأمان للدائنين – أنظر : كاربونييه : فقرة ١١ ص٤٢.

عليها أن الإلتزام يعنى القيد ، والتقييد ليس فى ذاته غاية ، فالأصل العام هو الحرية والتقييد استثناء . فالتقييد ليس غاية لأننا لا نقيد الناس لذات التقييد . بل التقييد وسيلة إلى غاية معينة هى حماية حق الدائن . فالنظرة اللاتينية وقفت عند الوسيلة ، ولم تنفذإلى الغاية كالنظرة الفقهية الإسلامية ، وهذا هو السبب فى أن آية المداينة تعبر عن المدين بأنه الشخص " الذى عليه الحق " .

٣٣ – ومن ناحية أخرى فإن كلمة الالتزام فى الفقه الغربى ليس لها فى الفقه الإسلامى مرادف فى كلمة واحدة . لأن الفقه الإسلامى يقسم الروابط التى ينشأ عنها الحق إلى عدة أقسام ، أبرزها اثنان هما : الالتزام بالدين والالتزام بالعين (١) .

٣٤ – أولا – الالتزام بالدين (أو الدين فقط) عبارة عن التزام محله مبلغ من النقود او جملة من أشياء مثلية . وهذا الدين ينشأ من مصادر مختلفة : ينشأ من العقد كالقرض والبيع عندما يكون الثمن نقودا او اشياء مثلية . وينشأ من الإرادة المنفردة مثل النذور والهبات والوصايا بشرط أن يكون محلها نقودا أو مثليات . وينشأ من العمل

(١) ويوجد قسمان آخران أقل أهمية ولا يتعلقان بالذمة وهما : الالتزام بالعمل والالتزام بالتوثيق ، ويقصد بالالتزام بالعمل التزام محله صنع شىء معين بعقداستصناع أو أداء خدمة معينة بعقد إيجار والالتزام بالتوثيق محله كفالة التزام ومصدره عقد الكفالة (انظر السنهورى: مصادر الحق – جـ ١ – ص ١٦ ، ١٧) هذا ومن الممكن ان توجد أقسام أخرى غير هذه الأربع .

غير المشروع كـالغصب والسـرقة والاتـلاف . وينشـأ مـن الإثـراء بـلا سبب كحالة استرداد ما دفع بغير وجه حق . وينشأ من الشرع كالالتزام بالنفقة .

هكذا نجد أن الالتزام بالدين فى الفقه الاسلامى يستوعب معظم مصادر الالتزام المعروفة فى الفقه الغربى ، غير أن الفقه الاسـلامى لا يقسمها الى المصادر الخمسة المعروفة فى الفقه الغربى وإنما على سبيل المقارنة ذكرناه لبيان مدى اتساع الالتزام بالدين . أما التقسيم الفقهى الاسلامى الذى سنسير عليه فى معالجة مصادر الحق فسيأتىبعد قليل .

والالتزام بالدين فى الفقه الاسـلامى التزام يتعلق بالذمة وهى محل الحقوق الواجبات ، ويرجع ذلك إلى أن الالتزام بالدين محله أداء مبلغ من النقود او جملة من أشياء مثلية، فليس يتعلق بعين معينة ولذلك اعتبره الفقهاء متعلقا بالذمة ذاتها (١) .

---

(١) الذمة فى الفقه الاسلامى وصف شرعى يفترض الشارع وجوده فى الانسان ويصير به اهلا للالزام وللالتزام ، أى صالحا لأن تكون لـه حقوق وعليه واجبات وهى ذات صلة وثيقة بأهلية الوجوب أيضا فأهلية الوجوب هى صلاحية الإنسان لأن تكون لـه حقوق وعليه واجبات ، فهى مترتبة على وجود الذمة وكلاهما تلازم الانسان منذ ميلاده (وتكون للجنين ذمة قاصرة فيرث ويوصى لـه ويوقف عليه) وحتى الحقوق والواجبات غير المالية تصدر أيضا عن الذمة كالواجبات المتعلقة بالصلاة والصيام والحج . وتنتهى الذمة وتتلاشى بالموت وذلك فى مذهب المالكية وبعض الحنابلة ، أما الشافعية وبقية الحنابلة فيذهبون إلى –

والاعتبار الاساسى عند فقهاء المسلمين فى الدين هو موضوعه ، أما طرفا الدين وهما الدائن والمدين فأهميتهما أقل بكثير . وقد أدت النزعة المادية للدين بالفقه الاسلامى الى ان يجيز انتقال عبء الدين من المدين الأصلى الى غيره عن طريق حوالة الدين . ورأى فقهاء المذهب المالكى امكان انتقال الحق بحوالته الى دائن آخر بمقتضى البيع او الهبة أو حتى الرهن (١) .

– أن الذمة تبقى بعد الموت إلى أن توفى الديون ، وأما الحنفية فيرون أن الذمة لا تبقى ولا تتلاشى بالموت ولكنها تتخرب ، ويقويها ان يترك الميت مالا أو كفيلا بدينه ، فإن لم يوجد هذا ولا ذاك سقط الدين أما الذمة la patrimoine فى الفقه الغربى فهى مجموع الحقوق والالتزامات الموجودة او التى قد توجد لشخص معين .

والفرق بين الذمة فى الفقه الاسلامى والفقه الغربى هو :

أ – أن الذمة فى الفقه الاسلامى وصف تصدر عنه الحقوق والواجبات المالية وغير المالية أما فى الفقه الغربى فلا تشمل الا الحقوق والالتزامات المالية .

ب – بالنسبة الى الحقوق المالية تبدأ الذمة فى الفقه الاسلامى بالشخص وتنتهى الى المال لأن الفقه الاسلامى ينظر الى الذمة كشخصية قانونية لا كمجموع من المال .

أما فى الفقه الغربى فتبدأ بالمال وتنتهى الى الشخص . لأنها مجموعة حقوق والتزامات .

جـ – الذمة فى الفقه الاسلامى لا تجعل المال مجموعا تفنى فيه عناصره ، أما الفقه الغربى فيعتبرها مجموعا تفنى فيه عناصره .

ويرى الفقهاء الاسلاميون المعاصرون أن من نتائج الذمة فى الفقه الغربى ما يتفق مع الفقه الاسلامى مثل : كون الذمة لا تثبت الا لشخص وان لكل شخص ذمة ، وأن الشخص الواحد لا تكون له إلا ذمة واحدة . أنظر السنهورى : مصادر الحق : جـ ١ – ص ٢٠ – ٢٤ والهوامش بها .

(١) عبدالباقى : فقرة ١٠٥ ص ٢١ – ٢٢ .

٣٥ - ثانيا : الالتزام بالعين : هو التزام محله عين معينة بالذات لتمليكها او تمليك منفعتها او تسليمها أو حفظها . وقد ينشأ الالتزام بالعين من الإرادة المنفردة كالوصية بعين معينة ، وقد ينشأ من العمل غير المشروع كغصب عين ينشىء التزاما بردها . وقد ينشأ من العقد وهو الغالب كالبيع ينشىء على عاتق البائع التزاما بتسليم العين المبيعة والوديعة تنشىء التزاما على المودع عنده بحفظ العين المودعة (١) . والالتزام بالعين ينصب على عين معينة بالذات ، وبالتالى قيل ان الحق عندئذ يتعلق بالعين ، وذلك خلافا للالتزام بالدين الذى رأينا انه متعلق بالذمة .

ويستتبع الاختلاف بين الالتزام بالعين والالتزام بالدين وجود بعض الفروق . نذكر منها :

١ - إن الالتزام بالدين يحتاج إلى وساطة المدين فى إيفاء الحق أما الالتزام بالعين فهو لا يحتاج إلى وساطة لأنه ينصب على عين بذاتها .

٢ - إن الالتزام بالدين لابد وأن تتبعه المطالبة ، لأن وساطة المدين فيه ضرورية ، أما الالتزام بالعين فلا يحتاج الى مطالبة ولا إلى وساطة .

---

(١) السنهورى : مصادر الحق - جـ ١ - ص ١٦ .

٣ – إن الدين يرد عليه الأجل وتصح به المقاصة ويجوز فيه الابراء ، أما الإلتزام بالعين فلا يتصور فيه شيء من ذلك (١) .

ولما كان موضوع الالتزام بالعين لا يدخل فى نطاق دراستنا لنظرية الالتزام وللحقوق الشخصية ، فإننا نتركه جانبا بعد ان عرفنا الفرق بينه وبين الالتزام بالدين ، ونتناول تقسيم مصادر الحق الشخصى اى الالتزام بالدين (٢) .

٣٦ – للارادة دور أساسى فى إنشاء الحق ، والإرادة إما ان تنشئه وحدها فينشأ الحق من إرادة منفردة ، وإما ان تنشئه بالاشتراك مع إرادة أخرى فينشأ الحق من عقد . فالعقد والارادة المنفردة مصدران للحقوق سواء فى الفقه الاسلامى أو فى الفقه الغربى . ولكن هناك اختلاف فى كثير من التفاصيل بشأنهما فمثلا هناك تصرفات فى الفقه الغربى تتم فى صورة عقود ، ولكنها تتم فى الفقه الاسلامى بارادة منفردة غير أن تسمية " الارادة المنفردة " لم تكن معروفة لدى الفقهاء

---

(١) السنهورى : مصادر الحق – جـ ١ – ص ٢٣ و ٢٤ .

(٢) ليس الحق الشخصى مرادفا للالتزام بالدين كما ذكرنا من قبل فمثلا الالتزام بالعمل او بالتوثيق يدخلان فى نطاق الحقوق الشخصية ولا يعتبران مع ذلك من قبيل الالتزام بالدين . ولكن نظرا لأن الالتزام بالدين يستوعب معظم صور الحقوق الشخصية فاننا نكتفى باتخاذه النموذج المقابل لفكرة الحق الشخصى . وننوه بأن المصادر التى سنتحدث عنها فى المتن ليست قاصرة على توليد الالتزام بالدين بل هى تولد ايضا الالتزام بالعين وغيره . فمثلا العقد يمكن ان ينشىء التزاما بدين أو بعين أو بعمل أو بتوثيق .

القدامى ، وكانت كلمة " العقد " تعبر عن الالتزام الارادى سواء نشأ من إرادة واحدة أو من تلاقى إرادتين أو أكثر ، أى سواء نشأ من الايجاب وحده أو نشأ من إيجاب وقبول . وإذا كان العقد والارادة المنفردة قد جمعهما تقسيم فقهى غربى حديث تحت عنوان : التصرف القانونى L'acte juridique فإن الفقهاء الاسلاميين يسمونها : التصرفات القولية (١) . لكونهما يتمان بتعبير عن الارادة .

أما بقية المصادر المعروفة فى الفقه الغربى وهى : العمل غير المشروع والاثراء بلا سبب والقانون فقد جمعت فى تقسيم فقهى غربى حديث فى قسم واحد هو : الواقعة القانونية le fait juridique وكان يعبر عنها الفقهاء الاسلاميون بالتصرفات الفعلية . وكانوا يميزون بين ضمان العقد (أى المسئولية العقدية بالتعبير الحديث) وبين ضمان الفعل (أى المسئولية غير العقدية) (٢) .

٣٧ - وقد رأينا أن التقسيم الثنائى للمصادر إلى التصرف

---

(١) السنهورى : مصادر الحق - جـ ١ - ص ٦٨ ، ٦٩ وهامش ١ بها .

(٢) السنهورى : مصادر الحق - جـ ١ - ص ٦٩ - هامش ١ . ويرى الدكتور عبدالفتاح عبدالباقى فى كتابه موسوعة القانون المدنى المصرى : نظرية العقد والارادة المنفردة طبعة ١٩٨٤ ان التصرفات الفعلية تطابق الوقائع القانونية دون ان تتطابق معها لأن الفعلية تقع بفعل الانسان أما الواقعة القانونية فهى كل حدث يقع وينتج عنه اثر قانونى سواء وقع بفعل الانسان أو بغير فعله وانما بفعل الطبيعة (الولادة - الموت - القرابة - الجوار) انظر فقرة ١٥ ص ٢٥ - ٣٠ .

القانونى والواقعة القانونية أفضل من التقسيم الخماسى الذى تسير عليه كثير من التشريعات الحديثة ونضيف هنا أسبابا أخرى تؤيد ذلك :

أولا : إن هذا التقسيم الخماسى قد فصل بين مصادر الحق الشخصى ومصادر الحق العينى مع انها واحدة ، ويمكن أن ترد كلها الى التصرف القانونى والواقعة القانونية .

ثانيا : إن هذا التقسيم يجعل القانون مصدرا مباشرا للالتزام وبذلك ستر الواقعة القانونية التى رتب القانون الالتزام عليها .

ثالثا : ان هذا التقسيم قد حجب وحدة التصرف القانونى بتفرقته بين العقد والإرادة المنفردة وجعل العقد عاجزا عن ترتيب الحق العينى أحيانا إذ جعله ينشىء فقط التزاما بنقل الملكية وحجب وحدة الواقعة القانونية ، فمصادر الحق العينى الاستيلاء والميراث والالتصاق والشفعة والحيازة تندرج تحت الواقعة القانونية كباقى مصادر الحق الشخصى العمل غير المشروع والاثراء بلا سبب والقانون (عندما يترتب الالتزام على واقعة معينة) (١) .

ويرى بعض الفقهاء المسلمين المعاصرين أنه لا توجد فى الفقه

---

(١) السنهورى : مصادر الحق – جـ ١ ص ٦٨ .

الاسلامى تبويبات أخرى تتعارض مع هذا التبويب (١) .

٣٨ – خطة البحث : وعلى ذلك فإننا لن نجد صعوبة فى تبويب دراسة نظرية الالتزامات ، والجمع بين الفقه الغربى والفقه الاسلامى فى دراستها .

وسندرس العقد والإرادة المنفردة كمصدرين الأول يحتاج إلى إيجاب وقبول والثانى يحتاج إلى إيجاب فقط ولايلزم قبول ليترتب عليه أثره القانونى .

---

(١) واذا كان الفقه الغربى الحديث قد توصل فى جانب هام منه الى تفضيل التقسيم الثنائى الى تصرف قانونى وواقعة قانونية ، متفقا فى ذلك مع النظرة الفقهية الاسلامية فإنه يهمنا هنا بالدرجة الأولى ان نوضح أن اتفاق الانظمة القانونية الاخرى مع الفقه الاسلامى والشريعة الاسلامية ، لا يبرر ان ننقل عن هذه تاركين النظام الاسلامى بل ان من شأن هذا أن يزيدنا فخرا بالنظام الاسلامى ويزيدنا تشبثا به واستمساكا ، ويحفزنا إلى اجراء مزيد من المقارنات تجلو جوانب الاتفاق والاختلاف معها . ومهما كانت أوجه الاتفاق فهى لا تصل الى التسليم باتحاد نظامين لأن الخلاف العقائدى ابتداء يحول دون اتحادهما او اندماجهما انتهاء . ولنضرب مثلا على ذلك بالنذر او القربان : فالمسلم يقدم إلى المعدمين طعاما وفاء لنذر عليه لله سبحانه وتعالى والوثنى قد يقدم الى نفس المعدمين قربانا لآلهته وأوثانه . فالعمل فى الحالتين عبادة ولكنه فى الحالة الأولى عبادة لله وفى الحالة الثانية عبادة للشيطان . العمل واحد فى الحالتين ولكن شتان ما بين المنطلق العقائدى لكل من الشخصين . ومن هذا نخلص إلى أن التشابه بين نظامنا الاسلامى وغيره من الانظمة لا يبرر لنا اعتناق هذه الأنظمة أو الاقتباس منها ، بل يجب أن نظل على وفائنا لنظامنا الاسلامى ، نأخذ به وافق أو خالف غيره من الأنظمة .

٣٩ – ولن نخصص بابا لكل من العقد والإرادة المنفردة بل سنجعل الدراسة شامله لهما معا ، حفاظا على مفهوم التصرف القانونى ، على أن نبرز ما بينهما من اختلاف فى كل مناسبة تدعو إلى ذلك .

وقد رأينا أن العقد فى الفقه الاسلامى يشمل التصرف الذى ينعقد بإيجاب وقبول وذلك الذى ينعقد بإيجاب فقط .

اما فى الفقه الغربى فالعقد le contrat التقاء إرادتين متوافقتين، والإرادة المنفردة إرادة فذة يرتب عليها القانون أثرا وقد تسمى بالتصرف الأحادى l'acte unilateral وهو يختلف عن العقد الملزم لجانب واحد ، فى أن التصرف الآحادى لا يحتاج لانعقاده إلى قبول .

ولدراسة التصرف القانونى سنقسم هذا الكتاب إلى الأبواب التالية :

الباب الأول : تعريف التصرف القانونى وتقسيماته .
الباب الثانى : تكوين التصرف القانونى وعيوبه .
الباب الثالث : آثار التصرف القانونى .
الباب الرابع : انحلال التصرف القانونى .

وفى كل من هذه الأبواب نعرض للعقد وللإرادة المنفردة معا فى الشريعة الاسلامية وفى النظم الوضعية .

الباب الأول

تعريف التصرف القانونى وتقسيماته

٤٠ - التصرف القانونى كما عرفنا هو : إرادة تتجه إلى إحداث أثر قانونى معين ، وهو ينقسم إلى قسمين كبيرين (بحسب عدد الإرادات التى تنشئه) هما الإرادة المنفردة والعقد . الأول هو التصرف الآحادى l'acte unilateral أى الإرادة الفذة الفريدة ، والثانى هو التصرف الثنائى l'acte bilateral أو الجماعى l'acte multilateral أى ذى الإرادات المتعددة .

وسنتناول الإرادة المنفردة فى الفصل الأول ، والعقد فى الفصل الثانى حيث نقسمه بدوره إلى أنواع عديدة .

الفصل الأول

الإرادة المنفردة

٤١ – **سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين** : الأول عن الإرادة المنفردة فى القوانين الوضعية والثانى عن الإرادة المنفردة فى الفقه الاسلامى .

المبحث الأول
الإرادة المنفردة فى القوانين الوضعية

٤٢ – لم يستطع القانون الرومانى أبدا أن يتصور أن يلتزم شخص بإرادته وحدها (١) كذلك كان الذوق القانونى فى القانون الفرنسى القديم لا يستسيغ أن تكون الإرادة المنفردة مصدرا للإلتزام . ولكن هذا الاتجاه لم يعد له محل بعد صدور التقنين المدنى الفرنسى متضمنا حالات رتب فيها الإلتزام على إرادة منفردة . وما زال المشرعون لا يرحبون بأن تكون الإرادة المنفردة مصدرا عاما للإلتزام كالعقد ، بل ما زال الاتجاه السائد هو قصر مجال الإرادة المنفردة على حالات معينة ينص عليها القانون ، فلا تنشىء التزاما إلا إذا نص على

---

(١) مازو : ج ٢ – فقرة ٣٥٨ – ص ٢٨١ .

ذلك القانون (١) . حتى أن البعض يلحق دراسة الإرادة المنفردة بدراسة القانون كمصدر من مصادر الإلتزامات .

٤٣ – ويرد بعض الفقهاء الفرنسيون ضعف " دور الإرادة المنفردة إلى المذهب الليبرالى الذى كان أساس القانون المدنى الفرنسى ، حيث يأبى هذا المذهب أن يلتزم شخص أو يكسب حقا بناء على إرادة الغير وحده ، " بل يجب أن تشترك إرادته هو فى ذلك (٢) ونحن لا نرى المذهب الليبرالى سببا وجيها للعدول عن الأخذ بالإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام . بل بالعكس كان منطق المذهب الليبرالى يوجب الأخذ بها ، بإعتبار أن الإنسان حر فى أن يلتزم أو لا يلتزم فإذا أراد أن يلزم نفسه بشىء فالليبرالية هى التى تمكنه من ذلك مادامت تعطيه الحرية كل الحرية .

ومن الناحية العملية فى فرنسا يقيمون بعض حالات الإرادة المنفردة على أساس آخر فمثلا يقيمون التزام الواعد بجائزة قبل من قام

---

(١) ومن ذلك نص المادة ٢٢٠ من القانون المدنى الكويتى ونصها :
" ١ – إن التصرف القانونى الصادر بالإرادة المنفردة لاينشىء التزاما ولا يعدل فى التزام قائم ولا ينهيه إلا فى الاحوال الخاصة التى ينص عليها القانون .
٢ – فإذا قضى القانون بنشوء الإلتزام أو بتعديله أو بإنقضائه بمقتضى التصرف الصادر بالإرادة المنفردة سرى على هذا التصرف ما يسرى على العقد بوجه عام من احكام القانون الا ما كان منها متعارضا مع قيام التصرف على الإرادة الواحدة وعلى الاخص ما تعلق بتوافق أرادتى طرفى العقد " .
(٢) ويل وتريه : فقرة ٢٥ ــ ص ٢٦ .

بالعمل المطلوب على أساس الفضالة ، ويقيمون التزام الموجب الذى يتحلل من إيجابه في وقت غير مناسب على أساس اساءة استعمال الحق (١) .

٤٤ – وقد تأيدت فكرة الإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام بواسطة الفقهاء الجرمان وخاصة في النمسا بواسطة سيجل Siegel عام ١٨٧٤ وقدر لها النجاح فى ألمانيا وإيطاليا ، ونادى بها في فرنسا سالى فى كتابه عن النظرية العامة للإلتزام وكتابه عن التعبير عن الإرادة . وظهرت دراسات كثيرة حولها (٢) .

ومع ذلك لم تدخل الإرادة المنفردة إلى التشريع الفرنسى كمصدر مستقل للإلتزام كالعقد ، وإن كانت هناك بلاشك في القانون الفرنسي كما فى غيره من القوانين اللاتينية النزعة حالات من الإلتزامات التى تنشأ أو تنقضى أو تتعدل بالإرادة المنفردة ، فقد تكسب الإرادة المنفرده الشخص حقا عينيا كما فى الوصية ، وقد تنشىء الإلتزام كما في إجازة الموكل لتصرفات وكيله التى جاوز فيها حدود الوكالة وكما في إقرار تصرف الفضولى ، وكما في الالتزام التخييرى . وقد تقضى الالتزام

---

(١) كاربونييه : فقرة ٦ ـ ص ٢٩ .

(٢) من رسائل الدكتوراه التى قدمت عن الإرادة المنفردة : جاك مارتان دى لاموت Jacques Martin de La moute تولوز ١٩٥١ ؛ الدكتور أحمد سلامه : باريس ١٩٥٤ .

كما فى الإبراء (١) .

٤٥ - ولا يعتبر أنصار الإرادة المنفردة المدين ملتزما إلا من الوقت الذى تجتمع فيه العناصر التى تحدد شخص الدائن . فالمدين لا يلتزم بمجرد أن يريد ذلك طالما أنه لم يتحدد بعد شخص الدائن . ومن ناحية أخرى لا يلزم قبول هذا الدائن لنشوء الإلتزام ، ولكن يجب أن يكون للدائن أن يرفض الحق حتى لا تدخل فى ذمته حقوق لا يرتضيها (٢) .

٤٦ - ويحبذ بعض الفقه الفرنسى الأخذ بالإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام فى حالات لم ينص عليها القانون ، وذلك استنادا إلى أن للقاضى أن يقرر ما إذا كانت الحاجات الإجتماعية تجعل من الضرورى او من المفيد إقرار مصدر جديد للإلتزامات (٣) .

---

(١) الابراء فى القوانين العربية يتم بإرادة منفردة وهى فى ذلك تأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية وفى ذلك تغليب للطابع المادى للإلتزام (السنهورى : الوجيز فقرة ١٢١٧ ص ١٢٢٧ هامش ١) أما القانون الفرنسى فمازال يأخذ بأن الإبراء اتفاق (كاربونيية : فقرة ٧ ـ ص ٣٠) وفى ذلك تغليب للطابع الشخصى للإلتزام . ويتفق التقنين اللبنانى فى ذلك مع التقنين الفرنسى (السنهورى : الوجيز ص ١٢٢٦ ـ هامش رقم٣) .

(٢) ويل وتريه : فقرة ٢٦ ـ ص ٢٨ ـ ص ٢٩ .

(٣) ويل وتريه : فقرة ٢٦ ـ ص ٢٨ ـ ص ٢٩ .

٤٧ – وينتقد البعض الأخذ بالإرادة المنفردة كمصدر عام للإلتزام لأنه لا يخلو من اخطار . فالإلتزام الذى يتعهد به المدين وحده دون مناقشته مع الدائن والإتفاق عليه ، يعرض هذا المدين لخطر استخفافه بأمر الإلتزام فيصدر منه عن نوع من الطيش . ويعرض الدائن كذلك لخطر هو أن حقه وقد نشأ بإرادة المدين وحده يمكن أن يختفى بفعل هذه الإرادة ذاتها وحدها . وبذلك يكون هذا الحق قلقا غير مستقر مما ينافى مقتضيات التجارة . وإذا أمكن حل هذه الصعوبة عن طريق جعل التزام المدين بإرادة منفردة التزاما غير قابل للرجوع فيه ، فإن هناك صعوبة أخرى تثور فى حالة ما إذا أدعى المدين أنه لم يقصد أن يلتزم أو لم يكن جادا فى هذا الإلتزام ، وهنا تنشأ صعوبة الإثبات ضده . أما فى مجال العقد فإن كل طرف يحتاط عادة لما يهمه إثباته فيعد له الدليل مقدما (١) . ويتساءل بعض الفقهاء لماذا لا يستطيع الفرد أن ينقض وحده ما اقامه بإرادته المنفردة ، أنه لا يتصور عقلا أن يمنعه القانون من الرجوع فيما وعد به لأن ما تقيمه الإرادة يمكنها بداهة ان تزيله (٢) .

---

(١) ويل وتريه : فقرة ٢٦ ــ ص ٢٩ ــ ص ٣٠ ، مازو جـ ٢ فقرة ٣٦١ ــ ص ٢٨٣ .

(٢) جمال زكى : فقرة ٢٢٩ ــ ص ٤٢٧ ــ ٤٢٨ . وقد تضمن المشروع التمهيدى المادة ١/٢٢٨ ونصها : " إذا كان الوعد الصادر من جانب واحد مكتوبا وكان لمدة معينة فإن هذا الوعد يلزم صاحبه من الوقت الذى يصل فيه إلى علم من وجه إليه ما دام هذا لم يرفضه " وقد حذفته لجنة المراجعة عدولا عن وضع قاعدة عامة تجعل الإرادة المنفردة ملزمة واكتفاء بالحالات المنصوص عليها فى القانون " ــ الاعمال التحضيرية ــ جـ ٢ ــ ص ٣٣٩ .

ولعل الصورة البارزة التى تنص عليها التشريعات عادة للإلتزام بإرادة منفردة هى صـــورة ، الوعـد بجـائزة La promesse de recompense وهناك صور أخرى يحاول الفقـه تفسير الإلـتزام فيهـا بأنـه يقوم علـى إرادة منفردة . وسـنعرض فيمـا يلـى للوعـد بجـائزة وللصور الأخرى .

٤٧ – **أولا : الوعد بجائزة** : يتم الوعد بجائزة بواسـطة إعـلان يوجهه شخص إلى الجمهـور يتعهد فيـه بمنـح جـائزة لمـن يقـوم بعمـل معين أو يعثر على شىء ضـائع (١) .

---

(١) نصـوص التقنينات العربية المتعلقة بالوعد بجـائزة هـى : فـى التقنين المدنى المصرى المادة ١٦٢ ونصها هو : " ١ – من وجه للجمهور وعـدا بجـائزة يعطيها عن عمل معين التزم باعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمـل ولـو قـام بـه دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها . ٢ – وإذا لم يعين الواعد أجـلا للقيـام بالعمل جاز له الرجوع فى وعده بأعلان يوجه للجمهور علـى ألا يؤثر ذلك فى حق من أتم العمل قبل الرجوع فى الوعد . وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفـع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلانه العدول للجمهور " . ويطابق هذا النـص المـادة ١٦٣ من التقنين المدنى السورى والمـادة ١٥٤ مـن التقنيـن المدنـى الليبـى وتوافقـه المادة ١٨٥ من التقنين المدنى العراقى وتقاربه العبارة الأخيرة من المادة ١٧٩ مـن تقنيـن الموجبـات والعقـود اللبنـانى (السـنهورى الوجـيز ص ٥٣٧ ـ هـامش ١) وتوافق هذا النص المواد من ٢٢١ إلى ٢٢٦ مـن التقنيـن المدنـى الكويتـى والمـادة ١١٥ من التقنين المدنــى الجزائرى والمادتـان ٣٠٠ و ٣٠١ مدنـى اردنـى والمـادة ٢٥٥ مدنـى يمنـى والمـادة ١٩ التزامـات تونـس . امـا نصـوص تقنيـن الإلتزامـات والعقـود المغربـى فهـى : الفصـل ١٥ : " الوعـد عــن طريـق الاعلانـات أو أيـة وسـيلة أخـرى مـن وسـائل الاشـهار بمنـح جـائزة لمـن يعـثر علـى شـىء ضـائع أو يقوم بأى عمل آخر يعتبر مقبولا ممن يأتى بالشىء أو يقوم بالعمل ولو فعل –

والأصل أن مجرد الوعد لا ينشىء التزاما (١) فالإرادة المنفردة التى تعد أو تتعهد بشىء لا يرتب عليها القانون أى أثر ، سواء صدرت شفاهة أو كتابة ، وسواء كانت تهدف إلى التبرع أو التصرف معاوضة ما دام القانون لم ينص على ترتيب الأثر المنشود على تلك الإرادة المنفردة وبناء على ذلك فإن كل الحالات التى يرتب فيها القانون أثرا على الإرادة المنفردة يكون للإلتزام مصدران : مصدر مباشر هو القانون ومصدر غير مباشر هو الإرادة المنفردة . وبعبارة أخرى لا تأتى الإرادة المنفردة مصدرا مباشرا للألتزام على الاطلاق ، فهى دائما

= ذلك وهو جاهل الوعد . وفى هذه الحالة يلتزم الواعد من جانبه بأنجاز ما وعد به ، والفصل ١٦ : " لا يجوز الرجوع فى الوعد بجائزة بعد الشروع فى تنفيذ الفعل الموعود بالجائزة من أجله ويفترض فيمن حدد أجلا لإنجاز ذلك الفعل أنه تنازل عن حقه فى الرجوع عن وعده إلى انتهاء ذلك الأجل ، والفصل ١٧ : " إذا انجز أشخاص متعددون فى وقت واحد الفعل الموعود بالجائزة من أجله قسمت الجائزة بينهم وإذا انجزوه فى أوقات مختلفة كانت الجائزة لاسبقهم تاريخا ، وإذا اشترك عدة أشخاص فى انجاز الفعل كل منهم بقدر فيه قسمت عليهم الجائزة بنفس النسبة فإذا كانت لا تقبل القسمة ولكنها تقبل البيع قسم ثمنها على مستحقيها ، وإذا كانت الجائزة شيئا ليست له قيمة فى السوق أو شيئا لا يمكن منحه وفقا لنص الوعد الا لشخص واحد كان المرجع حينئذ للقرعة " .

(١) هذا الحكم منصوص عليه صراحة فى الفصل ١٤ من تقنين الإلتزامات والعقود المغربى ، ويماثله حكم المادة ١٤٨ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ونصها : " ١- أن المشيئة الواحدة وأن تكن معلنة بوضوح وبشكل رسمى هى فى الأساس عاجزة عن إنشاء علاقات الزامية مادامت لم تقترن بمشيئة أخرى تتمثل بها مصالح مستقله أو مخالفة ٢- غير أنه يجوز على وجه استثنائى وفى أحوال محصورة نص عليها القانون أن تتولد الموجبات من مشيئة الفريق الواحد لغرض التعاقد أو التعاقد لمصلحة الغير او الفضولى " .

مصدر ثانوى ، أو إستثنائى وليست مصدرا عاما للإلتزام كالعقد مثلا .

ولذلك فإن الوعد بجائزة يرتب أثرا قانونيا لا بإعتباره مجرد وعد أو التزام بإرادة منفردة ، وإنما لأن القانون قد نص على أحكامه وآثاره القانونية فهو نوع من الإلتزامات القانونية التى تستند إلى الإرادة المنفردة .

وهناك مبدأ متفق عليه – حتى بدون نص فى القانون — هو أن الإلتزام الناشىء عن إرادة منفردة — سواء كانت الإرادة المنفردة مصدرا مباشرا أو غير مباشر له – تطبق عليه أحكام الإلتزام الناشىء عن العقد ، إلا ما كان منها متعلقا بتعدد الإرادات وتطابقها أو كان غير متفق مع طبيعة الإلتزام بإرادة منفردة ، وهذا الحكم ينطبق على الوعد بجائزة .

وبناء على ذلك يجب أن تتوافر فى الوعد بجائزة أركان الرضى والاهلية والمحل والسبب . فيجب أن تكون هناك إرادة باتة جادة (١)

---

(١) يرى بعض الفقهاء أن التاجر الذى يعلن على سبيل الدعاية عن جائزة لمن يكشف عيبا فى بضاعته لا تكون إرادته فى هذا الوعد إرادة جدية صالحة لأن تنشىء التزاما فى ذمته ، فهو لم يقصد ان يلتزم ولا يرغب تحقق العمل الموعود عليه بالجائزة وإنما يبغى الاعلان عن بضاعته والدعاية لها (الكزبرى : جـ ١ – فقرة ٢٥٦ – ص ٣٢٠) بينما يرى فريق آخر من الفقه أنه لا مانع من أخذ مثل هذا التاجر بوعده متى صدرت منه إراده جدية (فى هذا المعنى السنهورى : الوجيز ص ٥٣٧ هامش رقم ٢ ، عبدالحى حجازى : النظرية العامة للإلتزام جـ ٢ – ص ٣٩٣ – ٣٩٤) .

صادرة عن شخص ذى أهليـة للإلـتزام ، وأن تكـون الإرادة خاليـة مـن عيـوب الغلـط والتدليس والاكراه وأن يكـون للإلـتزام محـل مسـتوف للشروط التى سيأتى شرحها فى الأبواب التالية ، وأن تتجه هـذه الإرادة إلى سبب مشروع .

كذلك يجـب أن توجـه الإرادة إلـى الجمهـور أى إلـى عـدد غير محدود من الناس فإذا وجهت إلـى شـخص أو أشـخاص معينيـن ، فـلا يكون ذلك وعدا بجائزة ، ولا يترتب الإلتزام على تلك الإرادة المنفـردة بل يجب لترتيب أثر قانونى فى هذه الحالة ان يصدر قبول ممن وجهت إليه أى أن الإلتزام هنا لا ينشأ عن إرادة منفردة وإنما عن عقد (١) .

ويجب أن توجه الإرادة إلى الجمهور بطريق العلانيـة : كالنشـر فى الصحف أو الصـاق الاعلان أو تعليقه فى الطريـق أو توزيعـه علـى الماره أو على المنازل ، أو بالمناداة فـى الطرقـات أو بطريـق الاذاعـة والتلفزيون ويجب أن تكون العلانية كافية ليعلم بأمر الجائزة جمع غفير من الناس .

---

(١) السنهورى : الوجيز فقرة ٥٧٩ ـ ص ٥٣٧ ، الكزبرى فقرة ٢٥٦ ـ ص ٣٢١ ويختلف الوعد بجـائزة عن الايجـاب الموجـه إلـى الجمهـور فـاعلان المحلات عن ثمن سلعة تبيعها يعتـبر إيجابـا موجهـا إلـى الجمهور ولا يطلـب مـن الجمهور فيه عمل معين وهو تعبير عن إرادة فى موضوع يحتاج إتمامه إلى إتفـاق إرادتين أى إلى عقد أما الوعد بجائزه فهو يتطلب عملا من الجمهور ويعتـبر بذاتـه تصرفا قانونيا كاملا . أنظر الكزبرى . فقرة ٢٥٥ ـ ص ٣١٩ .

٤٩ – ويجب أن تتضمن الإراده المعلنة إلى الجمهور أمرين : العمل والجائزة .

١ – **العمل** : يطلب الوعد إتمام عمل معين بواسطة أحد أفراد الجمهور مثل اكتشاف دواء لمرض السرطان ، أو العثور على شيء ضائع أو القبض على مجرم خطير هارب ، ويجب أن يكون العمل المطلوب غير مخالف للنظام العام والآداب فمن يعد بجائزه عن قتل غريمة يكون التزامه باطلا ، لأن هذا العمل هو سبب التزام الواعد بالجائزة ، فإذا كان عملا غير مشروع كان التزام الواعد غير مشروع . وهذا العمل قد يكون لفائدة الواعد مثل العثور على شيء له ضائع وقد يكون لفائدة القائم بالعمل نفسه كالوعد باعطاء جائزه لأول الناجحين فى الشهادة الثانوية ، وقد يكون لفائده مجموع الشعب وربما لفائدة البشرية كلها ، مثل إعطاء جائزة لمن يكتشف علاجا لمرض خطير او يقوم بأحسن بحث علمى فى موضوع معين . وفى جميع الحالات تعود على الواعد مصلحة من هذا العمل سواء كانت مصلحة أدبية أو مادية .

وقد قصرت أغلب القوانين الوعد بجائزة على حالة القيام بعمل معين (١) ولم تدخل بين حالاته حالة إعطاء جائزة لمن يوجد فى مركز

---

(١) من هذه القوانين : التقنين المدنى المصرى (المادة ١٦٢) والسورى (المادة ١٦٣) والليبى (المادة ١٦٤) والعراقى (المادة ١٨٥) وتقنين الإلتزامات والعقود المغربى (الفصل ١٥) والكويتى (المادة ٢٢١) واليمنى (المادة ٢٥٥) والجزائرى (المادة ١١٤) والاردنى (المادة ٣٠٠) .

معين (١) مثل إعطاء جائزة لكل من ولد في يوم ميلاد ولي العهد أو إعطاء جائزه لابن أول شهيد في الحرب . " وهذه الحالة حالة الوجود في مركز معين لا يمكن قياسها على حالة إعطاء جائزه عن عمل لأن الإلتزام بالإرادة المنفرده يرد من مصدر استثنائى فلا يجوز التوسع في الاستثناء ، ولأن حالة الجائزة عن عمل قد ورد بشأنها نص في القانون ولم يرد نص بشأن الوجود في مركز معين ، وليس معنى ذلك أنه لا يجوز منح الجائزة إطلاقا في هذه الحالة ، وإنما يجب أن يتم منحها بعقد أى لابد من قبول الشخص الذى يوجد في هذا المركز أو قبول من يمثله قانونا .

٢ - **الجائزه** : يعد الواعد من يقوم بهذا العمل بأن يقدم إليه جائزة معينة قد تكون مالية : نقودا أو مجوهرات او شيئا ذا قيمة مالية كسيارة او أسهم شركة أو ثمن تذكرة طائرة لزيارة بلد معين ... الخ وقد تكون الجائزة ذات قيمة أدبية مثل منح وسام أو شاره او كأس .

والتعبير عن الإرادة المنفردة إما أن يرتب أثره باتصاله بعلم من وجه إليه وتسمى هذه بالتعبيرات الواجبة الاستلام أو التعبيرات المتلقاة

---

(١) نص على هذه الحالة التقنين المدنى الايطالى الجديد في المادة ١٩٨٩/١ ونصها : " من يوجه للجمهور وعدا بجائزه لمن يوجد في مركز معين أو يقوم بعمل معين ، يلزم بذلك الوعد متى صار علنيا ، أنظر السنهوري : الوجيز ـ ص ٥٣٨ ـ هامش ١ ، عبدالحى حجازى : جـ ٢ ـ ص ٣٩٤ ـ ٣٩٦ ، الكزبرى : فقرة ٢٥٦ ـ ص ٣٢١ .

declarations receptice (١) وإما أن يرتب أثره من وقت صدوره عن الملتزم بدون أن يصل إلى علم من وجه إليه وتسمى هذه بالتعبيرات غير الواجبة الاستلام أو التعبيرات الملقاة declarations non - receptice والوعد بجائزة يعتبر من هذا النوع الثانى . فهو ينتج أثره بمجرد اعلان إرادة الواعد ، ولا يلزم وصول هذا الاعلان إلى علم من قام بالعمل واستحق الجائزة فهو يستحق الجائزة ولو كان لم يعلم بهذا الاعلان وقام بالعمل دون معرفة بامر الجائزة (٢) .

٥٠ – أثار الوعد : فإذا صدر الوعد بجائزة مستوفيا هذه الشروط ترتبت عليه آثار قانونية . هذه الآثار تختلف بحسب ما إذا كان العمل المطلوب قد حددت له مدة معينة أم لم تحدد لانجازه مدة :

أ – العمل حددت له مدة : فى هذه الحالة يبقى الواعد ملتزما طوال المده التى حددها ولا يملك أن يعدل عن وعده طوالها فإذا انقضت هذه المده دون أن يقوم أحد بهذا العمل تحلل الواعد من وعده ولم يعد مقيدا به . فإذا أتم أحد العمل بعد انقضاء هذه المدة لا يستحق الجائزة ولكن قد يستحق تعويضا من الواعد إذا توافرت شروط الإثراء بلا سبب .

---

(١) ويكون نلك عاده إذا كان التعبير موجها إلى شخص محدد . ويوجد فى تقنين الإلتزامات والعقود المغربى نص على نلك هو الفصل ١٨ .والإلتزامات الصادره من طرف واحد تلزم من صدرت منه بمجرد وصولها إلى علم الملتزم له

(٢) الكزبرى : فقرة ٢٥٥ ـ ص ٣١٩ .

اما إذا أتم العمل شخص أثناء المدة المعلنة فإنـه يسـتحق الجـائزة ويصبح دائنا للواعد بها سواء كان قد أتـم العمـل لأجـل الحصـول علـى الجائزة أو لم يكن لأجل ذلك ، وسواء كان يعلم بالجائزة أو لايعلم بها ، وسـواء كـان قـد قـام بـالعمل وأتمـه قبـل الإعـلان عـن الجـائزة أو بعـد الإعلان عنها . وبذلك يمر الإلتزام بالجائزة بمرحلتين : أولاهما يتعين فيها المدين دون الدائن ، فالواعد هو المدين قبل دائن لم يتحدد بعد (١) . والثانيه عندما يتم العمل المطلوب فيتحدد الدائن وهو من انجز العمـل وبذلك يكتمل الإلتزام (٢) . ولا يتقادم الإلتزام إلا بمضى خمس عشـرة سنة من تاريخ انجاز العمل (٣) .

ب – العمـل لـم تحـدد لـه مـدة : إذا لـم يحـدد الواعـد مـدة يلـتزم خلالها بالبقاء على وعده ظل ملزما به ، فإذا أنجز شخص العمل خـلال مدة معقولة اسـتحق الجـائزه ، وإذا اختلـف علـى تقديـر المـدة المعقولـة فالقاضى هو الذى يفصل فى ذلك (٤) .

ولكن الواعد يستطيع أن يضع حدا لهذا الوعد بـأن يـحدد لـه مدة

---

(١) وهذه الصورة لا تقبلها النظريـة الشـخصية فـى الإلـتزام ولكـن تقبلهـا النظرية المادية .

(٢) السنهورى : الوجيز فقرة ٥٨٠ ــ ص ٥٣٨ وهـامش ٢ ؛ عبدالحـى حجازى ج ٢ ــ ص ٤٠٧ ــ ص ٤١٠ .

(٣) السنهورى : الوجيز فقرة ٥٨١ ــ ص ٥٣٩ ــ ص ٥٤٠ .

(٤) السنهورى : الوجيز فقرة ٥٨١ ــ ص ٥٣٩ .

أو بأن يرجع فيه نهائيا . يكون ذلك بنفس العلانية التى تم بها الوعد (١) . فإذا لم يكن أحد قد أتم العمل قبل الرجوع فى الوعد انقضى نهائيا التزام الواعد ، وبالعكس إذا أتضح أن هناك شخصا أتمه قبل رجوع الواعد ، استحق هذا الشخص الجائزة رغم الرجوع ، ولكن عليه فى القانون المصرى (وكذا السورى والليبى) أن يرفع دعواه بالجائزة خلال ستة أشهر من تاريخ أعلان الرجوع ، وإلا سقط حقه(٢) . وبقيت حالتان وسط بين هاتين الأولى : إذ كان شخص قد بدأ فى العمل قبل الرجوع ولم يتمه ، وهنا يمكن أن يستحق هذا الشخص تعويضا من الواعد عن الضرر الذى أصابه لا على أساس الوعد ولكن على أساس المسئولية التقصيرية ، ويخضع التزام الواعد قبله لقواعد التقادم الخاصة بالإلتزام التقصيرى (٣) . والثانية إذا كان شخص قد بدأ العمل قبل الرجوع وأتمه بعد الرجوع وفى هذه الحالة لا حق له فى الجائزة ، ولكن قد يستحق تعويضا فى القانون المصرى والسورى والليبى . أما القانون المغربى فيفرض على الواعد فى هذه الحالة عدم الرجوع فى وعده ، فينص الفصل ١٦ من تقنين الإلتزامات والعقود على انه : " لا يجوز الرجوع فى الوعد بجائزة بعد الشروع فى تنفيذ الفعل الموعود بالجائزة من أجله ، وبذلك يلتزم الواعد بالجائزة إذا تم العمل بعد رجوعه طالما أن تنفيذه قد بدأ قبل الرجوع على أن يكون

---

(١) السنهورى: الوجيز فقرة ٥٨١ ـ ص ٥٣٩، والكزبرى ج ١ فقرة ٢٥٩ ـ ٣٢٣ .

(٢) السنهورى : الوجيز فقرة ٥٨١ ـ ص ٥٤٠ .

(٣) السنهورى : الوجيز فقرة ٥٨١ ـ ص ٥٣٩ .

ذلك خلال مدة معقولة .

وقد عالج القانون المغربى كذلك حالة تعدد الاشخاص الذين يقومون بالعمل (١) . ولا صعوبة فى الأمر إذا كان الوعد وعدا بجائزة خاصة لكل من يقوم بالعمل ، إذا تتعدد الجوائز بقدر عدد الأشخاص . أما إذا كانت الجائزة واحدة وأنجز أشخاص متعددون العمل فى وقت واحد قسمت الجائزة بينهم بالتساوى . وإذا أنجزوا العمل فى أوقات مختلفة استحق الجائزة أول من أنجز العمل منهم . وإذا اشترك عدة اشخاص فى انجازه كل منهم بقدر فيه ، قسمت الجائزة بنسبة مساهمة كل منهم فى العمل . وإذا كانت الجائزة لا تقبل القسمة وأمكن بيعها قسم الثمن على المستحقين حسب الحالات التى ذكرناها . وإذا لم تكن للجائزة قيمة مالية فى السوق أو نص الوعد على منحها لشخص واحد أجريت القرعة بين من قاموا بالعمل .

٥١ – تكييف الوعد بجائزة: ويعتبر التزام الواعد بالجائزة ، التزاما معلقا على شرط واقف هو إتمام العمل فى مدة معقولة ، او اتمامه فى المدة المحددة فإذا تم العمل تحقق الشرط وصار الإلتزام باتا نافذا (٢) .

(١) وذلك بالفصل ١٧ من تقنين الإلتزامات والعقود وقد تقدم نصها فى الهامش ، ولا نظير لها فى التقنينات العربية الأخرى ، ويمكن العمل بأحكامها لدى القضاء فى تلك البلاد باعتبارها اجتهادا يتفق مع العدالة ومع العقل والمنطق .

(٢) السنهورى : الوجيز فقرة ٥٨١ ـ ص ٥٤٠ .

أما القضاء الفرنسى فيعتبر التزام الواعد متولدا عن عقد عندما يعلن شخص قبوله للوعد إلى الواعد ويصل ذلك إلى علم الواعد . وإذا أنفق شخص نفقات فى سبيل إنجاز العمل المطلوب وقبل أن يعلن قبوله إلى الواعد رجع الواعد عن وعده فى ظروف تدل على العجلة والرعونة وعدم الاحتياط ، فإن الواعد يلتزم بتعويض هذا الشخص على أساس المسئولية الخطأية طبقا للمادة ١٣٨٢ مدنى فرنسى — وحتى لو لم يكن الرجوع متسما بالخطأ فإن هذا الشخص يستطيع ان يحصل على تعويض اما على أساس قواعد الآثراء بلا سبب أو على أساس قواعد الفضالة (١) .

٥٢ – ثانيا : حالات أخرى : يرى بعض الفقهاء أن تضاف إلى قائمة الإلتزام بإرادة منفردة بعض الحالات منها :

١ – الاشتراط لمصلحة الغير : ومن صوره مثلا عقد التأمين على الحياة ، حيث يدفع شخص (رب أسرة مثلا) أقساطا إلى شركة التأمين لتدفع إلى ورثته من بعده مبلغا معينا ، فيكون هو مشترطا Stipulant على شركة التأمين ، وهذه الشركة تكون متعهدة promettant قبل الورثة بدفع المبلغ ، ويكون الورثة مستفيدين به beneficiaires وفى تفسير أساس التزام المتعهد قبل المستفيد من الاشتراط ذهبت إحدى النظريات إلى أن المتعهد يلتزم بإرادته المنفردة

---

(١) ويل وتريه : فقرة ٢٧ ـ ص ٣١ ـ ص ٣٢ .

قبل المستفيد ، ويرى أنصارها أن ذلك يفسر كيف أن حق المنتفع لا يتوقف ثبوته على قبوله إياه (١) .

ولكن يلاحظ فقهاء آخرون على هذه النظرية أن الاشتراط لمصلحة الغير لم يتقرر تحت تأثير نظرية الإرادة المنفردة ، وإنما تحت تأثير الحاجات العملية (خاصة ما يتعلق بالتأمين) استجابة لمصلحة للمشترط (٢) . ولو كانت الإرادة المنفردة هى أساس التزام المتعهد لما أمكنه أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع الواردة على عقد الاشتراط ولكان للمتعهد وحده لا للمشترط ان ينقض حق المنتفع قبل صدور إقرار المنتفع لهذا الحق . والصحيح أن عقد الاشتراط بين المشترط والمتعهد هو أساس التزام هذا الأخير . "والواقع من الأمر أن الفقهاء يناقضون أنفسهم عندما يقررون أن الاشتراط لمصلحة الغير لا يتفق مع القاعدة القديمة التى كانت تقضى بأن العقد لا ينشىء حقا للغير ، ثم إذا وصلوا إلى المكان الذى يبحثون فيه عن مصدر حق المنتفع نسوا ما قرروه من قبل ، وحاولوا أن يخضعوا حق المنتفع لهذه القاعدة القديمة ذاتها التى سبق لهم أن أنكروها . فلا يجرؤ فقيه على أن يرجع هذا الحق إلى عقد الاشتراط ، خوفا من أن يصطدم بهذه القاعدة"(٣) .

---

(١) الكزبرى : جـ ١ فقرة ٢٣٣ ــ ص ٢٩٣ ــ ص ٢٩٤ . ويذكر من أنصار هذه النظرية كولان وكابيتان ولافبير وجوسران . وهذه النظرية ولاشك متأثرة بالفقة الجرمانى . أنظر : كاربونييه : فقرة ٥٨٠ ــ ١٨٢ .

(٢) بلانيول وريبير: فقرة ١١ ــ ص ١٣، ويل وتريه: فقرة ٢٧ ص ٣٠

(٣) السنهورى : الوجيز ص ٢٢٥ ــ هامش رقم ٢ .

وواضعو التقنين المدنى الفرنسى عندما قرروا الاشتراط لمصلحة الغير لم يقرروه تطبيقا لقاعدة عامة ، وإنما باعتباره استثناء من القواعد العامة (١) .

٢- عدم جواز الاحتجاج بالدفوع L'inopposabilité des exceptions ظاهرة عدم جواز الاحتجاج بالدفوع أو كما تسمى فى القانون المدنى بالتصرف المجرد L'acte abstrait هى منع المدين من التمسك قبل الدائن ببعض الدفوع (كدفوع البطلان التى لا ترجع إلى الأهلية) وذلك بقصد اكساب الحق قوة وفاعلية وتيسير تداوله ، وأوسع مجال تعمل فيه هذه الفكرة هو مجال الأوراق التجارية (الكمبيالة والسند الأذنى والشيك) ، ويذهب بعض الفقهاء إلى أن أساس التزام المدين فى الإلتزام المجرد هو إرادته المنفردة ، فمحرر السند الأذنى مثلا يلتزم قبل حامله بإرادته المنفردة ، ولهذا السبب لا يستطيع أن يتمسك بدفوع العلاقة الأساسية (أى العلاقة التى أنشئت الورقة بمناسبتها) قبل الدائن الأخير الذى يحمل تلك الورقة بعد تداولها فى السوق (٢) . والصحيح فى هذه المسألة أن التصرف الذى يستند إلى الإرادة المنفردة ليس التزاما مجردا بل هو دائما التزام مرتبط بالسبب وبالإرادة الباطنة ولا يكون التزاما مجردا إلا إذا قضى القانون بذلك. فالتجريد أستثناء لا يلحق التصرفات إلا بحكم القانون

---

(١) مازو : جـ ٢ ـ فقرة ٣٦٧ ـ ص ٢٨٦ .
(٢) وبل وتريه : فقرة ٢٧ ـ ص ٣١ .

والواقع أن تجريد التصرف في الأوراق التجارية لم يستند منذ ظهورها إلى الإرادة المنفردة ذلك أن الإرادة المنفردة كانت في ذلك الحين مستبعدة من مجال إنشاء الإلتزامات ، وإنما يستند تجريد إلتزام المدين في الورقة التجارية إلى العرف (وله قوة القانون) وإلى أحكام القضاء وإلى تأصيلات فقهية ، دون أن يكون هناك نص قانوني يقيمه على الإرادة المنفردة .

٣ – الايجاب الملزم : وهذه الحالة التي يرى الفقه أنها تسند إلى الإرادة المنفردة سنرجيء شرحها إلى حين الكلام عن العقد .

المبحث الثاني

الإلتزام بالإرادة المنفردة في الفقه الاسلامي

٥٣ – إذا كانت التشريعات الحديثه قد قصرت عن أن تجعل الإرادة المنفردة مصدرا عاما للإلتزام فإن الفقه الاسلامي قد جعل للإرادة المنفردة مجالا (١) واسعا كبيرا حتى إن مذهب الإمام مالك قد جعلها مصدرا عاما للإلتزام (٢) . فللإرادة المنفردة دور في مجال إنشاء الإلتزام وفي غيره من المجالات .

---

(١) عبدالفتاح عبدالباقي : صفحة ٢٢ هامش رقم ٣ .

(٢) السنهوري : مصادر الحق – جـ ١ ص ٤١ – ٤٢ .

٥٤ – أولا : فى مجال إنشاء الإلتزام : يجعل الفقه الاسلامى للإرادة المنفردة دورا كبيرا فى التبرعات . وكلما برزت الصفة التبرعية فى التصرف ، كانت الإرادة المنفردة فيه أظهر ، لأن الانسان يملك أن يقيد نفسه بمحض إرادته فيما يملك . وعلى ذلك نجد البيع والإيجار فى الفقه الاسلامى عقودا تتم بإيجاب وقبول ، لأنها معاوضات إبتداء وإنتهاء بينما نجد الكفالة والقرض تبرعات ابتداء معاوضات انتهاء ، ولذلك كان الراجح فى شأنهما ان ركنهما هو الإيجاب والقبول أى اعتبارهما من العقود لا من التصرفات بإرادة منفردة ، وأخيرا إذا نظرنا إلى الهبة والعارية نجدهما تبرعات ابتداء وانتهاء ومن ثم كانتا من التصرفات التى تتم بإرادة منفردة (١) .

ويطلق الفقهاء على التصرف الذى يحتاج إلى إيجاب .

---

(١) وقد اعتبر واضعو تقنين نابليون الهبة عقدا Contrat فأبى نابليون إلا أن تكون تصرفا acte وعلى هذا الوجه ورد تعريفها فى القانون المدنى الفرنسى (السنهورى مصادر الحق – جـ ١ – ص ٤٤ هامش رقم ٢) ويستخلص السنهورى من تحليله للتصرفات فى الفقه الاسلامى " أن التصرف فى الفقه الاسلامى يتم بإيجاب وقبول إذا كان من شانه أن يرتب التزاما فى جانب كل من الطرفين ولو انتهاء . اما التصرف الذى يرتب التزاما فى جانب أحد الطرفين دون الآخر فيتم بإيجاب الطرف الملتزم وحده . فكأن الإلتزام يكفى فى أنشائه إرادة الملتزم وحدها وكأن العقد نفسه وهو إيجاب وقبول يقوم التزام كل طرف فيه على إرادته دون إعتبار لإرادة الطرف الآخر . فإذا صح هذا النظر امكن القول فى الفقه الاسلامى أن الأصل فى التصرفات هى الإرادة المنفردة لا العقد أنظر : مصادر الحق – جـ ١ – ص ٤٤ ويبدو أن هذا الاتجاه لا يخلو من المبالغة ومن الصعب مجاراته فيه .

وقبول العقد بمعناه الخاص ، والذى لا يحتاج إلى ركنين العقد بمعناه العام (١) .

وفى مجال إنشاء الإلتزام كذلك نجد صورا أخرى من الإلتزام بإرادة منفردة منها الوقف والإلتزام والوعد والنذر والكفالة .

١ - الوقف (وتقابله المؤسسات فى القوانين الحديثه) يتم بإرادة منفردة من الواقف وتحكمه شروط الواقف إذا كان لغير معينين أما لمعينين فينعقد الوقف ولا يثبت الحق للمستحق المعين الا بقبوله أو بعدم الرد (٢) .

٢ - الإلتزام : يطلق على الصورة العامة للإلتزام بالإرادة المنفردة فيقولون المطلوبات المترتبة على الإلتزام بمعنى الإلتزامات الناشئة عن الإرادة المنفردة . فإذا التزم شخص بأن يعطى مالا إلى شخص آخر ولم يصدر من الآخر قبول أى لم يتم عقد بينهما ، فعند مالك يلتزم بأن يعطيه المال ، إلا إذا مات الملتزم أو أفلس فإن الإلتزام يسقط . وعند الحنفية والشافعيه والحنابلة يعتبر هذا من قبيل التبرع

---

(١) محمد ابوزهرة : الملكيه ونظرية العقد ـ فقرة ١٠٨ ص ٢١٢ ؛ ويقول الشيخ احمد ابراهيم ان العقد فى الشرع يطلق على توافق الإرادتين وعلى الإرادة المنفردة ـ احمد ابراهيم : الإلتزامات فى الشرع الاسلامى ص٤١ ـ ٤٢ .

(٢) ابوزهرة : المرجع السابق ـ فقرة ١١ ـ ص ٢١٧ .

والتبرع غير ملزم عندهم (١) .

٣ – الوعد : هو ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالإضافة إلى المستقبل لا على سبيل الإلتزام فى الحال فهو التزام بإرادة منفردة. وقد يرد الوعد على عقد (بأن يعد غيره بالتعاقد لبيع أرض) وقد يرد على عمل (٢) .

٤ – النذر : هو التزام فيه قربة لله تعالى بصيغة تدل على ذلك وحكمه عند المالكية والشافعية وجوب الوفاء به إذا علق على مرغوب فيه والتخيير بين الوفاء والكفارة إذا علق على مرغوب عنه ، أما عند الحنفية فحكمه وجوب الوفاء به ويسقط بموت الناذر (٣) .

٥ – الكفالة : عند مالك تنعقد بإرادة واحدة هى إرادة الكفيل

---

(١) السنهورى : مصادر الحق جـ ١ ـ ص ٤٥ .

(٢) وجمهور الفقهاء على أن الوعد ملزم ديانة لا قضاء ولكن للمالكية فيه أربعة أقوال : أولها أنه ملزم فى جميع الأحوال ما لم يمت الواعد أو يفلس والثانى أنه غير ملزم ولا يقضى به فى أية حال . والثالث أنه ملزم إن كان على سبب ، دخل الموعود فى السبب أو لم يدخل والرابع أنه ملزم إن كان على سبب ودخل الموعود من اجل الوعد فى السبب فإذا وعد شخص آخر بمبلغ من المال ليعينه على الزواج ، فهذا الوعد ملزم للواعد تزوج الموعود أو لم يتزوج على القول الثالث ، وهو ملزم للواعد بشرط أن يكون الموعود قد تزوج على القول الرابع ، أنظر السنهورى : مصادر الحق جـ ١ ص ٤٥ .

(٣) السنهورى : مصادر الحق جـ ١ ـ ص ٤٥ .

وتصح لو كان المكفول له غير معين أو غائبا (١) .

٥٥ - **ثانيا : فى مجالات أخرى : ترتب الإرادة المنفردة آثارا فى غير مجال إنشاء الإلتزام ، ففى الفقه الاسلامى يمكن أن تكون سببا** من أسباب كسب الملكية ، كالوصية ، ويمكن أن تسقط الحق كالابراء ، كذلك فإن أجازة العقد وإقراره من الغير واستعمال خيار من الخيارات وعزل الوكيل وأجازة الوصية كل هذه التصرفات تتم بإرادة منفردة (٢) .

---

(١) ابوزهرة : الملكيه ونظرية العقد - فقرة ١١٠ - ص ٢١٩ - ٢٢١ .
(٢) السنهورى : مصادر الحق - جـ ١ - ص ٤٦ .

الفصل الثانى

العقد

٥٦ – ميز التقنين المدنى الفرنسى بين العقد Contrat والاتفاق Convention واعتبر الأول نوعا من الثانى . فالعقد هو توافق الإرادتين على إنشاء التزام أما الاتفاق فهو توافق الإرادتين على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه . فكل عقد اتفاق ، وليس كل اتفاق عقدا . فالعقد فرع من الجنس espèce والإتفاق هو الجنس genre ولكن المشرع الفرنسى لم يستطيع أن يحافظ على هذه التفرقة عندما دخل إلى تفاصيل العقد ولم يجد بأسا فى ان يعبر عنه أحيانا بالإتفاق (١) .

ولكن من الناحية الفقهية والعمليه لم تعد هناك أهمية لهذه التفرقة ، فيمكن إعتبار التعبيرين مترادفين تماما (٢) .

ويعرف التقنين المدنى الفرنسى العقد فى المادة ١١٠١ بأنه " اتفاق بمقتضاه يلتزم شخص او أكثر تجاه أخر أو أخرين باعطاء شىء

---

(١) كاربونييه: فقرة ٧ ـ ص ٣٠، ويل وتريه:الفقرتان ٢٣ـ٢٤ـ ص ٢٥

(٢) السنهورى : الوجيز ــ فقرة ٢٢ ــ ص ٢٦ ــ ٢٧ ؛ ويل وتريه : الموضع السابق ؛ عبدالفتاح عبدالباقى : فقرة ٢٤ ص ٣٦ ، انور سلطان : فقرة ٧ ـ ص ١٣ ، جمال زكى ـ ص ٣٥ هامش رقم ١ .

أو عمل أو الامتناع عن عمل شيء " (١) .

ونقلا عن هذا النص جاءت المادة ٥٤ من التقنين المدني الجزائري ونصها : " العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما " .

ويعرفه ويل وتريه بأنه " اتفاق ارادتين او اكثر أما بقصد إنشاء علاقة قانونية (إنشاء التزام أو إنشاء حق عيني) وأما بقصد تعديل أو انهاء علاقة موجودة من قبل (٢) .

ويعرفه السنهوري بأنه :" توافق ارادتين على أحداث أثر قانوني سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله او تعديله أو إنهائه (٣) .

ويعرفه عبدالفتاح عبدالباقي بأنه ارتباط الايجاب بالقبول على

---

(١) " Le contrat est une convention par Laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose "

(٢) " Le contrat est un accord de deux ou plusieurs volontés en vue, soit de créer un rapport de droit donner naissance à une obligation, créer un droit réel, soit de modifier ou d'éteindre un rapport préexistant " .

ويل وتريه : فقرة ٢٣ – ص ٢٥ .

(٣) السنهوري : الوجيز – فقره ٢٢ – ص ٢٧ .

احداث أثر يرتبه القانون (١) .

ويعرفه قدرى باشا فى المادة ٢٦٢ من كتابه مرشد الحيران بأنه " ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يظهر أثره فى المعقود عليه " (٢) .

ومما تقدم يبدو لنا أن تعريف ويل وتريه هو أشمل هذه التعريفات وأكثرها دلالة على تفاصيل مجال العقد .

والعقد بمعناه الحديث يشمل دائرة المعاملات المالية فحسب أما فى الفقه الاسلامى فهو يتسع أكثر من ذلك ليشمل دائرة الأحوال الشخصية كالزواج .

وواضح من تعريف العقد أنه من عمل الارادة فالارادة هى التى تنشئه وتحدد مدى الآثار التى ترمى إليها منه . وهذا هو ما يعبر عنه بمبدأ سلطان الارادة principe de l'autonomie de la volonte واصل لفظ العقد لغة هو الربط المحكم ومنه قوله تعالى " ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله " أى لا يحل زواج المطلقة حتى تنتهى عدتها (٣) .

---

(١) عبدالباقى : فقرة ٢٣ - ص ٣٣ .
(٢) السنهورى : مصادر الحق - جـ ١ - ص ٤٠ .
(٣) عبدالفتاح عبدالباقى : فقرة ٢٥ ص ٣٨ - هامش ١ .

وسنقسم الكلام فى العقد الى ثلاث موضوعات : تمييز العقد عما سواه ومبدأ سلطان الارادة، وأنواع العقود . وسنخصص لكل منها مبحثا مستقلا .

المبحث الأول
تمييز العقد عما سواه

٥٧ – سبق أن ميزنا بين العقد والارادة المنفردة . ونريد هنا أن نضيف التمييز بين العقد واتفاق الجنتلمان gentelman's agreement ثم بين العقد وتصرفات المجاملة actes de complaisance ثم بين العقد والاتفاقات التنظيمية actes-règles ثم بين العقد والعمل الجماعى بارادات منفردة .

٥٨ – **أولا : اتفاق الجنتلمان** : أخذت هذه التسمية من اللغة الانجليزية للدلالة على اتفاق يلتزم به مبرموه من الناحية الأدبية فقط لا من الناحية القانونية . ويقع ذلك عادة عندما تكون هناك عوائق قانونية يحتمل أن تعترض تنفيذ هذا الاتفاق . فمثلا عند انشاء شركة قد يتفق المؤسسون على توزيع مقاعد مجلس الادارة فيما بينهم ، ولكن ذلك أمر يخضع لتقدير الجمعية العمومية للشركة والتى يشترك فيها مساهمون غيرهم . ولذلك يتفقون على الارتباط بهذا التوزيع من الناحية الأدبية فقط ، فإذا لم تقره الجمعية العمومية لم يكونوا ملزمين

بـه قانونـا فيمـا بينهـم ويختلـف هـذا الاتفـاق عمـا يسـمى بـالبرتوكول Protocole فى أن هذا الأخير قد ينشىء التزامات قانونية (١) .

٥٩ – **ثانيا : تصرفات المجاملة** : تقع فى الحياة تصرفات كثيرة لا يقصد منها الشخص أن يلتزم بـالتزام قـانونى تجـاه الآخرين وانمـا يقصد أن يسدى اليهم معروفا أو أن يقدم لهم نوعـا مـن المجاملـة مثـل اتفاق والد مع ولده على مكافأتـه إذا نجـح بتفـوق . وفـى هـذه الحـالات لا تنشأ عقود لأن الإرادة لم تتجه نحو ابرام عقد او ترتيب أثـر قـانونى . ولكن كثـيرا مـا تكـون الفواصـل بيـن العقـود بـالمعنى القـانونى وبيـن تصرفات المجاملة باهتة يصعب تمييزهـا خاصـة فـى مجـال الخدمـات المجانية ، بينما تدعو الحاجة العملية إلى معرفة ما إذا كان ثمة عقد أم لا . وتبدو هذه الحاجة مثلا فى حالة النقل المجانى ، حين يدعو أو يقبل شخص توصيل صديق له بسيارته إلى مكان ما . فـاذا وقـع حـادث فـى الطريق وأصيب الراكب تمسك صاحب السيارة بأنه لا يوجد بينه وبيـن الراكب عقد فلا يكون مسئولا عن اصابته . وقد اعتبر القضاء الفرنسى مسئولية صاحب السيارة فى هذه الحالة مسئولية تقصيريـة لا مسئولية عقدية ، وجعل المصاب يستفيد من قرينة المسـئولية المنصـوص عليهـا فى المادة ١٣٨٤/١ مدنى فرنسـى . كذلـك الأمـر بالنسـبة الـى الطبيـب الذى يدعوه جاره إلى إسعافه أو الكشـف عليـه فيقـوم بذلـك بـدون أجـر أو يـرفض الحصـول علـى الأجـر تحسبـا لصلـة الجـوار ، وينتـج عـن

---

(١) ويل وتريه: فقره ٣١ – ص ٣٤ وهامش رقم ٤، ص ٣٥ هامش رقم١

عمله فى إسعاف المريض أو وصف الدواء له ضرر بالمريض (١) .

٦٠ – **ثالثا : الاتفاقات التنظيمية** : هى اتفاقات تفرض التزامات على أشخاص لم يكونوا طرفا فيها ، اى أنهم يلتزمون بغير ارادتهم خلافا للأصل العام فى العقود وهو مبدأ سلطان الارادة ومن أمثلة هذه الاتفاقات والعقود التنظيمية عقود العمل الجماعية التى تبرم بين منظمات نقابية تمثل أرباب الأعمال والعمال وتحدد شروط الاستخدام والأجور وساعات العمل وما إلى ذلك مما يهم الجانبين ، ونتيجة هذه العقود يلتزم أرباب الأعمال — وهم لم يكونوا طرفا فيها بأنفسهم — بألا يدفعوا أجرا للعامل اقل مما نص عليه فى العقد الجماعى والا يشغلوهم ساعات تزيد عن الساعات المتفق عليها . وينص عقد العمل الفردى بين كل عامل ورب عمل على نفس الشروط الجماعية .

٦١ – **رابعا : العمل الجماعى بارادات منفردة** : يعتبر طرفا فى العقد من ساهم فى ابرامه لمصلحة مباشرة يبتغيها منه تتعارض مع مصلحة الطرف الآخر ، وتتعلق أثاره بشخصه ؛ أما إذا اتحدت مصلحة الأشخاص فى العمل القانونى لم يكن عقدا بل يسمى عملا جماعيا بارادات منفردة ، ومن أمثلة ذلك قرارات مجلس ادارة الشركة أو الجمعية العمومية لأن مصالح الأعضاء تسير على التوازى

---

(١) ويل وتريه : فقرة ٣٠ – ص ٣٣ وهامش رقم ٢ – ، ص ٣٤ وهامش رقم ٢ .

ولا تتعارض كما فى العقد (١) .

المبحث الثانى
مبدأ سلطان الارادة

سنتناول هنا معنى سلطان الارادة ، والتطور التاريخى لهذا المبدأ وظهور الاتجاهات المعارضة له ، والوضع المناسب له .

٦٢ – معنى سلطان الارادة:يقصد بمبدأ سلطان الارادة أن ارادة الانسان يمكن ان تنشىء فى مجال التصرف القانونى ، الحقوق والمراكز القانونية . فالالتزامات التعاقدية لا تنشأ الا من ارادة الأطراف فى العقد والقوة الملزمة للعقد لا تنشأ من القانون ، وإنما من الارادة ، وكل ما تفعله السلطة العامة هو أن تقدم مساعدتها للدائن من أجل تنفيذ ما تعهد له به المدين .

وأساس مبدأ سلطان الارادة فى نظر القائلين به هو أن الأفراد احرار بحسب حالتهم الطبيعية ، فالحرية هى الأصل . ولا يتقيد الفرد بحسب هذا الأصل الا بارادته. وهذه الارادة الفردية لا تحقق الا العدالة

---

(١) جاك مارتان دى لاموت : التصرف القانونى الاحادى – رسالة من باريس ١٩٥١ ــ فقرة ٢٢ وما بعدها ، د . عبدالفتاح عبدالباقى : فقرة ٢٩ ص ٥٠ – ٥١

فلا يتصور أن يشكو شخص الظلم من الالتزام الواقع على عاتقه إذا كان هو الذى الزم نفسه به . فالفرد هو خير من يعرف مصلحة نفسه ويدافع عنها ، ولا يتصور أن يعمل ما يضر بنفسه وإذا كان هناك احتمال لوقوع اضرار منه بمصالح غيره ، فان الذى يبعد هذا الاحتمال هو تقابل وتعارض مصالح الطرفين فى العقد ، فكل طرف يشترط ما يكفل ويحقق مصالحه ، وبذلك يكون هناك توازن فى العقد ولا يقع ضرر بأى من طرفيه (١) .

وبناء على ذلك فان العقد هو المصدر الرئيسى لكل التزام . وذلك واضح فيما يتعلق بالالتزامات التى تنشأ من العقود المبرمة بين الأفراد . ولكن هناك التزامات اخرى تنشأ من القانون بطريق مباشر كما فى التزامات الجوار أو بطريق غير مباشر كما فى تقرير المبدأ العام فى المسئولية التقصيرية . وحتى هذه الالتزامات جميعها يمكن اعتبار العقد المصدر الأصلى لها ، لأن القانون الذى فرضها هو فى الحقيقة من عمل الارادة الجماعية ، وأساس العلاقات فى هذا المجتمع عقد هو العقد الاجتماعى Le contrat social الذى نادى به جان جاك روسو فى كتابه الذى يحمل نفس هذا الاسم . وأساس الملكية حرية الارادة ، وحقوق الأسرة تنشأ عن عقد الزواج ، بل أن الميراث نفسه ما هو الا وصية مفترضة والعقوبات الجنائية يبررها أن المجرم قد ارتضى مقدما أن ينال جزاء ما اقترف ويمكن القول بناء على ذلك

---

(١) ويل وتريه : الفقرات ٥٠ - ٥٢ ص ٤٨ - ص ٥٠ .

أن الأفراد هم الذين أرادوا هذه القوانين وما ينشأ عنها من التزامات أو عقوبات فالارادة تعلو على القانون نفسه ، ولا يظهر القانون الا حيث تتخلى له الارادة عن موضع أو حيث يتعلق الأمر بالنظام العام والحالات التى تتعلق بالنظام العام يجب أن تكون قليلة أو نادرة ، وخاصة حيث يمكن أن تمس حريات الآخرين (١) .

وإذا كانت الارادة هى أساس العقد وقوته ، فإن الارادة التى يعتد بها فى هذا المجال هى الارادة التى اتجهت اتجاها سليما نحو غايتها ، أى الارادة التى لم تكن مشوبة بعيب من العيوب فالارادة المكرهة او الغالطة أو المدلس عليها لا تنشىء عقدا صحيحا بل يكون لصاحبها ان يتمسك بالعيب فيبطل العقد . أما الغبن فليس من حيث المبدأ سببا من أسباب الابطال الا اذا كان المتعاقد قاصرا فالمتعاقد البالغ من المفروض أن له من ادراكه ما يبعد عنه أى غبن . كذلك كانت البواعث على التعاقد لا تدخل فى نطاق العقد ولا تؤثر عليه فمتى اتجهت الارادة إلى ابرامه انعقد صحيحا أيا كان الباعث عليه : مشروعا أو غير مشروع (٢) .

وينصب ظهور مبدأ سلطان الارادة بهذا المعنى على جانبين فى العقد هما بحسب الترتيب التاريخى : الشكل والموضوع .

---

(١) ويل وتريه : فقرة ٥٣ – ص ٥٠ ، السنهورى : الوجيز فقرة ٢٧ – ص ٣١ – ٣٢ .

(٢) ويل وتريه : الفقرتان ٥٦ و ٥٧ – ص ٥٥ .

فالشكل لحقه تطوير بواسطة مبدأ الرضائية ، والموضوع لحقه التطور من ناحية مبدأ الحرية التعاقدية (١) .

فمن ناحية الشكل لم يعد يلزم للانعقاد أساسا شكل معين للعقد كالأشكال التى كان يعرفها القانون الرومانى ، بل أن الارادة وحدها كافية لانعقاد العقد ولو كانت ارادة ضمنية (٢) وأصبح من النادر أن يشترط المشرع فى العقد شكلا قانونيا .

والعلاقات القانونية التى يرتبها العقد بالضرورة علاقات عادلة متفقة مع القانون الوضعى لأنها متفقة مع الحرية حين أن الالتزامات التى تفرض على الشخص دون رضاه هى حتما التزامات ظالمة إذ فيها مساس بحريته واعتداء على حقه (٣) .

ومن ناحية موضوع العقد ومضمونه أصبح للأفراد أن يبرموا أى عقد يشاؤون وأصبح الأطراف احرارا فى تحديد مضمون العقد وفى اختيار الشروط التى تلائمهم ، وليسوا مقيدين بالأحكام التى يضعها القانون لعقد من العقود إلا إذا كانت متعلقة بالنظام العام ، وهذه يقصد منها حماية المتعاقدين أنفسهم وتأكيد صحة التراضى بينهم ، ولهم حق ابرام عقود لم ينص عليها القانون وأن يمزجوا بين

---

(١) كاربونيه : فقرة ١١ – ص ٣٨ .
(٢) ويل وتريه : فقرة ٥٥ – ص ٥٤ .
(٣) جمال زكى : فقرة ١٦ – ص ٣٨ – ٣٩ .

أشكال مختلفة من العقود ليصلوا إلى تحقيق ما تنشده الارادة (١) ولهم حق تحديد الالتزامات، والحقوق المترتبة على العقد وان يصلوا بها إلى المدى الذى يريدون تحقيقه ، لا يحدهم فى ذلك الا الحدود البعيدة وهى : ما هو فى الامكان ولا يتعارض مع النظام العام وحسن الآداب .

فالعقد إذن قانون مصغر بين الأطراف وهو من صنعهم ولهذا يعبرون عن هذه الحقيقة بأن : العقد شريعة المتعاقدين (٢) فالعقد ملزم كالقانون تماما ، بل هو من نفس طبيعة القانون لأن القانون عقد كبير يبرمه كل الأفراد فى المجتمع وتوجد إلى جانبه عقود كثيرة

---

(١) ويل وتريه : فقرة ٥٥ – ص ٥٣ – ٥٤ .

(٢) هذا المبدأ نجده فى المادة ١١٣٤ مدنى فرنسى (وتقابلها المادة ١٠٩١ مدنى أسبانى) بالنص التالى Les conventions legalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites

ونجده كذلك فى المادة ١/١٤٧ مدنى مصرى بالنص التالى " العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون " . وتطابق هذا النص المادة ١/١٤٧ مدنى ليبى والمادة ١/١٤٨ مدنى – سورى وتوافقه المادة ١/١٤٦ مدنى عراقى والمادة ٢٢١ موجبات لبنانى ، والمادة ١٩٦ مدنى كويتى موافقة ، والمادة ١٠٦ مدنى جزائرى مطابقة ، والمادة ٢٠٩ مدنى أردنى موافقة ونجد هذا المبدأ أيضا فى الفصل ٢٣٠ من تقنين الالتزامات والعقود المغربى التى تنص على أن " : " الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئيها ولا يجوز الغاؤها الا برضاهما معا أو فى الحالات المنصوص عليها فى القانون» والواقع أن هذا المبدأ منصوص عليه فى القرآن الكريم فى قوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود »وقوله تعالى " والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون " .

صغيرة فيما بين الأفراد وبعضهم . وبالتالى فلا ينبغى أن يقال ان العقد لا ينعقد إلا باذن من المشرع ، لأن المشرع لم يصبح سلطة عامة إلا نتيجة العقد الذى تم بين الأفراد وهو العقد الاجتماعى . ويترتب على ذلك أن الأفراد المتعاقدين يرتبطون بعقدهم ولا يستطيعون الامتناع عن تنفيذه الا فى حالة القوة القاهرة والحادث الفجائى ، وإذا امتنعوا اجبروا على التنفيذ بواسطة السلطة العامة . ومتى انعقد العقد فلا يمكن إجراء أى تعديل فيه الا باتفاق جديد بين نفس الأطراف . وهذا الاتفاق الجديد ليس انتهاكا لسلطان الارادة بل على العكس هو اعلان لانتصار جديد لمبدأ سلطان الارادة .

وإذا كانت للعقد هذه القوة فيما بين أطرافه ، فإن له نفس هذه القوة بالنسبة الى القاضى الذى يطرح أمامه نزاع بشأنه : ومعنى هذا أنه إذا كانت ارادة الأطراف واضحة فلا يجوز له أن يحيد عنها بحجة تفسير العقد أو بحجة أنها تجافى العدالة . ولا يستطيع أن يعدل من آثار العقد ولا أن يستند إلى تغير الظروف عما كانت عليه عند التعاقد (كتغير الأسعار مثلا) ليعدل من هذه الآثار . وقد حكمت محكمة النقض الفرنسية الدائرة المدنية فى مارس ١٨٧٦ بأن ملاك الأراضى المجاورة لمجرى مائى يدفعون قيمة أقساط الرى كما كانت عليه قبل ذلك منذ مئات السنين فى القرن السادس عشر لأن العقد يستمر إلى ما لا نهاية قانونا لأطرافه (١) . ولما كان العقد قانونا فإن على

---

(١) ويل وتريه : فقرة ٥٨ – ص ٥٥ – ص ٥٧ .

القاضى أن يتبع فى تفسيره نفس أساليب تفسير القانون ، فلا يجوز له أن يحل فهمه الخاص للعدالة محل ارادة الأفراد ، بل عليه أن يبحث عن الإرادة الحقيقية المشتركة صريحة أو ضمنية وأن يعملها (١) .

وكما يلزم العقد أطرافه والقاضى ، فهوكذلك يلزم المشرع نفسه فلا يستطيع المشرع ان يلغى شروطا من أى عقد ولا أن يضيف إليه شروطا لم يردها أطرافه ولا يمس صدور قانون جديد بالعقود التى ابرمت قبله فى ظل قانون سابق ، ولا بالآثار التى تمت فى ظل القانون السابق ، بل أن العقد حتى فى ظل القانون الجديد يظل منتجا لآثاره كما كان ينتجها فى ظل القانون السابق فالأفراد فى نطاق عقدهم هم المشرعون ، ولكن على هذا المشرع الصغير ان يستمتع بحريته فى تنظيم علاقاته الخاصة مع الآخرين دون أن يمس بذلك حرية الآخرين ، وبعبارة أخرى لا يمكن أن يمس العقد بغير أطرافه سواء بترتيب التزام عليهم أو بانشاء حق لهم (٢) .

والى جانب هذه المظاهر الايجابية كلها للحرية التعاقدية ، هناك المظهر السلبى لها فكما أن للفرد حرية التعاقد كما يريد ، له حرية الا يريد le non - vouloir أى حرية الا يتعاقد ، ونلمس ذلك مثلا فى الشرط الذى يدرجه الأفراد فى العقود أو المخالصات تحت كل التحفظات sous toutes reserves أى أن الفرد لا يريد أن يتعرض

---

(١) ويل وتريه: فقرة ٥٨ –ص ٥٧. السنهورى:الوجيز. فقرة٢٧–ص ٣٢

(٢) ويل وتريه : فقرة ٥٨ – ص ٥٧ .

لنتائج ضارة به لم ينصرف قصده عند التعاقد إليها (١) .

٦٣ - التطور التاريخى لمبدأ سلطان الارادة:هكذا كانت القاعدة أن الارادة سيدة موفورة السلطان . وقد تضافرت عوامل مختلفة على دفع مبدأ سلطان الارادة إلى الوجود ، واعطائه ذلك النجاح المذهل الذى استمرعدة قرون من القرن السابع عشر الى اواخر القرن التاسع عشر ، قبل أن ينتكس بدفعة أخرى من النظريات الاشتراكية فى مطلع القرن الحالى مستهدفة حماية الجانب الضعيف من القوى ومستهدفة صالح الجماعة (٢) وقبل أن ندخل فى تفصيل هذه العوامل ننظر كيف كان الوضع فى العقود فى ظل القانون الرومانى .

كانت العقود فى القانون الرومانى تخضع لشكلية مفرطة . ولم يكن للارادة دور فى إتمام العقد ، إذ لم تكن وحدها قادرة على إتمامه . فوجود التصرف وقوته الالزامية لا يستندان إلى الارادة ، ولا إلى الارادة معبرا عنها فى الشكل ، وإنما إلى الشكل مباشرة لذلك جاءت القاعدة الرومانية أن الاتفاق المجرد عن الشكل لا ينشىء حقا ولا يولد دعوى (٣) ex nudo pacto actio non rascitur

---

(١) كاربونييه : فقرة ١١ - ص ٤٢ ، وانظر رسالة من باريس ١٩٦٨

Celice : les reserves et le non - vouloir dans les actes juridiques

ورسالة أخرى من باريس عام ١٩٦٧: . Serna : les refus de contracter

(٢) د . عبدالفتاح عبدالباقى : فقرة ٢٧ ص ٤١ - ٤٢ .

(٣) محمود أبوعافية : التصرف القانونى المجرد : رسالة دكتوراه - القاهرة ١٩٤٧ - فقرة ١ - ص ٢٧ ، عبدالفتاح عبدالباقى : فقرة ٢٧ ص ٤٢ .

ويرجع ذلك إلى طبيعة هذه المرحلة من مراحل تطور الإنسان فالشعوب البدائية يصعب عليها إدراك المعنويات ، ولذلك تحاول تجسيد هذه المعنويات في صور مادية وإعطائها شكلا ملموسا محسوسا . حتى في مجال المعتقدات الدينية قاموا بتجسيد فكرة الإله في صورة أصنام تعبد من دونه . وبذلك كانوا يفصلون بين حقيقة الإله وبين الشكل المادى الذى تمليه تصوراتهم الضعيفة فيأخذون بالشكل ويدعون الحقيقة والفصل بين الحقيقة والشكل فى الدين هو الوثنية والفصل بين الحقيقة والشكل فى القانون هو الشكلية . فوجب لذلك فى نظرهم أن تصب الارادة وهى أمر معنوى فى قالب مادى يحل محلها ، بحيث كان مجرد استيفاء الشكل يمنع من التقهقر عكسا من الشكل إلى الارادة (١) . ومن التصرفات الشكلية الناقلة للملكية : الاشهاد ، وطريقة انعقاده أن يحضر الطرفان خمسة شهود على الأقل وحامل الميزان ثم يقول مكتسب الملكية صيغة خاصة تفيد اكتسابه الملكية ، ثم يضرب الميزان بسبيكة نحاسية ثم يسلم هذه السبيكة إلى المتنازل عن الملكية . ومن التصرفات الشكلية المنشئة للالتزامات عقد القرض nexum وإجراءاته هى نفس اجراءات الاشهاد مع تغيير الصيغة المستعملة ، والاشتراط stipulatio وهو عقد شفوى فى صورة سؤال من الدائن إلى المدين عن قبوله التعهد spondesne بقوله jures-tu واجابة بالموافقة من المدين spondeo بقوله je jures وهذا الاشتراط صيغة مجردة للتعاقد تنطبق على كل التعهدات ، ومن نتائجه أنه لا أثر لعدم جديته ونفاذه ، فاذا كان من نطق بالاشتراط مازحا أو شاب إرادته غلط

---

(١) أبوعافية : المصدر السابق – ص ٦ – ١٠ .

أو اكراه أو تدليس أو كان سبب التزامه غير مشروع ظل ملزما بما تعهد به ، وكان التصرف الشكلى فى القانون الرومانى ينحل بنفس الطريقة التى عقد بها وبذلك كان المبدأ الذى يسود القانون الرومانى هو سلطان الشكل لا سلطان الارادة (١) .

ولم يكن القانون الرومانى معنيا فى بادىء الأمر باعتبارات العدالة حين يكون التصرف مشوبا بغلط أو اكراه أو تدليس أو كانت الارادة معدومة أو كان الغرض الذى اتجهت إليه قد تخلف أو كان غير مشروع . وكان يبرر ذلك ضيق نطاق المجتمع الرومانى وندرة المعاملات وكون الأشكال القانونية تتضمن عنصر العلانية فكان هذا ضمانا واقعيا لسلامة الرضا ، ومع ذلك فقد استخدم القضاء النصوص الخاصة بفكرة الاثراء بلا سبب condictionnes ودون ان يقلب المبادىء التقليدية فى شكلية التصرف ، طبق فكرة الاثراء للتخلص من آثار التصرف الصحيح شكلا ولكنه يخفى إرادة معيبة . وأصبحت للمدين دعوى يسترد بها ما دفع إذا كان قد نفذ التزامه تسمى condictio indebiti ثم أصبحت له دعوى يتحرر بها من تنفيذ الالتزام إذا لم يكن قد نفذه ، وتسمى condictio sine causa وتدخل قانون الشعوب لصالح المدين بوسيلة أخرى هى الدفع بالغش exceptio doli (٢) .

---

(١) HENRI CAPITANT: De la cause des obligations, Paris ١٩٢٧ , no . ٤٢, pp . ٩٦-٩٧ .

أبوعافية : الفقرات ٢ ، ٣ ، ٤ ، عبدالفتاح عبدالباقى : فقرة ٢٧ ص ٤٢ .

(٢) كابيتان : فقرة ٤٣ – ص ٩٧ ، أبو عافية : ص ٥ .

وعندما اتسعت رقعة الامبراطورية الرومانية وانتشرت التجارة ظهر أن الشكل عبء ثقيل يصعب بل قد يتعذر استيفاؤه ، فبدأت الإرادة تتحرر تدريجا من الشكلية . واقترن هذا بتقدم في التفكير القانوني أدى الى التمييز بين الشكل والارادة في العقد ، واعطاء الإرادة قسطا من الأثر القانوني ، واعتبار الاتفاق أحيانا موجودا بمجرد الارادتين وأن الشكل ليس الا سببا قانونيا للالتزام وقد توجد أسباب غيره . فظهر بجانب العقود الشكلية (كالقرض nexum والعقود الكتابية litteris والعقود اللفظية verbis) العقود العينية التى لا تنعقد إلا بتسليم المعقود عليه وهى القرض والعارية والوديعة ورهن الحيازة. ثم العقود الرضائية وتنعقد بمجرد تبادل الايجاب والقبول وهى البيع والايجار والشركة والوكالة ، ثم العقود غير المسماة وتتم بتنفيذ أحد الطرفين لالتزامه ، وهى المقايضة والقسمة والصلح ، ثم العقود الشرعية pactes legitimes وهى الهبة وعقد المهر ، ثم العقود البريتورية (١) .

ولم تنقطع الشكلية من العقود فى العصور الوسطى الا تدرجا فقد استمرت فى أوضاعها السابقة إلى نهاية القرن الثانى عشر (٢) حين بدأت الإرادة تقوى تحت تأثير عوامل أخرى من اهمها :

١ – القانون الكنسى le droit canonique فالكنسيون كانوا ينظرون إلى العقود من زاوية أخلاقية ، ويعتبرون أن العقد ولو لم

---

(١) السنهورى: الوجيز – فقرة ٢٦ – ص ٢٩ – ص ٣٠ والهوامش بهما

(٢) السنهورى : الوجيز – فقرة ٢٦ – ٣٠ .

يتخذ شكلا معينا يتم وينعقد بمجرد الإرادة . إن العقد العارى le pacte nu يكفى بذاته لترتيب الالتزام القانونى ، لأن القيمة الحقيقية فى ذات العقد وليست فى ثوبه . واعتبر الكنسيون عدم الوفاء بالوعد كذبا وخطيئه دينية ، ولكن لا يلتزم الشخص إلا إذا كانت إرادته صحيحة غير معيبة ولا ساعية إلى غرض غير مشروع ، ومن هنا علق الكنسيون أهمية على فكرة عيوب الإرادة وبدأت تبرز أهمية السبب فى الالتزام : وبذلك كان العقد يتسم بطابع أخلاقى (١) . وكان مجرد الاتفاق يجوز تنفيذه بدعوى أمام المحاكم الكنسية . وعرف القانون الكنسى كذلك الوعد المعزز بالقسم le serment promissoire وهو تصرف شكلى يعتبر تعهدا متخذا فى مواجهة الله سبحانه وتعالى كدائن أصلى ، وكان من يستفيد من هذا التعهد يستفيد منه بالتبعية ، ولا يجوز الطعن فيه إلا إذا صدر تحت تأثير التدليس (٢) .

٢ – نظرية القانون الطبيعى école du droit naturel التى حلت محل النظريات القديمة التى تستند إلى الحق الإلهى . فقد جعلت نظرية القانون الطبيعى من الحريات الطبيعية أساسا وهدفا للقانون وما الحرية التعاقدية إلا إحدى الحريات الطبيعية التى يستمتع بها كل إنسان فى المجتمع (٣) .

---

(١) ويل وترية : فقرة ٥٤ – ص ٥١ .
(٢) أبوعافية : ص ١٤ .
(٣) ويل وترية : فقرة ٥٤ – ص ٥١ .

٣ - اتساع الأنشطة التجارية والمبادلات : فقد أدى ذلك إلى مطالبة الاقتصاديين بازالة كل ما يعوق التجارة فى نظرهم فنبذوا فكرة الثمن العادل والأجر العادل وتحريم الفائدة ، وانتقدوا عدم قابلية بعض الأموال للتصرف فيها (١) وكانت المحاكم التجارية الايطالية فى القرن الرابع عشر تطبق قواعد العدالة ، والعدالة لا تميز بين العقد الشكلى والعقد الرضائى من حيث الالزام (٢) .

٤ - عوامل سياسية : تتمثل فى بسط الدولة نفوذها بالتدريج وتدخلها لحماية العقود التى تتم بمجرد الاتفاق ، ثم انتشار فكرة أن أساس المجتمع نفسه عقد ، كما تقدم (٣) .

وفى القرن السابع عشر كان مبدأ سلطان الارادة قد استقر وعلى أساسه صيغت قواعد العقد فى التقنين المدنى الفرنسى .

٦٤ - نقد المبدأ وأثر الاتجاهات الاشتراكية عليه : ظاهر من عرضنا لمبدأ سلطان الارادة أن القائلين به وصلوا إلى حد بعيد من الغلو فيما قالوا به عن المبدأ ونتائجه ، ولذلك اشتد الهجوم عليه منذ مطلع القرن العشرين خصوصا من أصحاب المذاهب الاشتراكية .

---

(١) ويل وتريه : فقرة ٤٥ - ص ٥٢ .

(٢) السنهورى : الوجيز - فقرة ٢٦ - ص ٣٠ .

(٣) السنهورى : الوجيز - فقرة ص ٢٦ - ص ٣٠ ص ٣١ ، ويل وتريه : فقرة ٥٤ - ص ٥١ .

فالفرديون القائلون بسلطان للارادة ، قد بالغوا فى دور الإدارة البشرية وجعلوا لها الدور الوحيد فى العقد . مع ان الارادة ليس لها هذا الدور الوحيد ، بل ولا الدور الراجح فى العقد ، وإنما يجب أن يكون لها دور إلى جانب عناصر أخرى منها : العدالة وحسن النية والأمان la securité وقوة العقد الملزمة ليست من الارادة ذاتها ما لم يوجد القانون الذى يرسم ويحدد الوسائل الكفيلة بجعل العقد ملزما . ومن ناحية أخرى إذا كان القانون قد أقام نظرية العقد على أساس الحرية والمساواة بين الأفراد فإن هذه المساواة ليست حقيقية بل هى مساواة نظرية فحسب فهى ليست مساواة فى القوة بين الأفراد . ولذلك نجد منذ الانقلاب الصناعى فى منتصف القرن التاسع عشر عقودا أساسية للحياة قد أصبحت عقود إذعان الأمر الذى يدعو إلى تدخل المشرع لحماية الأطراف الضعفاء . وتقول نظرية سلطان الارادة أن الفرد هو خير مدافع عن حقوق نفسه . وهذا القول غير صحيح ، ففى مجال عقود الاذعان نجد عجزه واضحا ، وفى غير مجال هذه العقود نجده كذلك غير صحيح ، لأن الفرد لا يكون دائما بصيرا بمصالحه . لقد اعتقد المشرع أنه يكفى لسلامة الارادة أن يبعد من مجال الحرية التعاقدية القصر والمجانين والمعتوهين والسفهاء لعدم تبصرهم بمصالحهم ، ولكنه فى الحقيقة قد اضطر إلى أن يعامل البالغين الراشدين أحيانا معاملة هؤلاء كما فى حالات الغبن والاستغلال . ولا يستطيع الانسان دائما أن يتوقع التقلبات الاقتصادية المفاجئة العميقة ، فاذا واجهنا كل الأفراد بالقوة الملزمة للعقد فى جميع الحالات خاصة فى العقود الطويلة الاجل التى اختل توازنها بتبدل الظروف ، فاننا سنجد فوضى خطيرة

فى المجتمع (١) .

ومن يقبل التعاقد بشروط مجحفة تحت ضغط الحاجة يتعرض لظلم بين قد يمتد إلى طبقة بأكملها من أفراد المجتمع الذين فى وضع مشابه . وإذا كانت مصالح الأطراف المتعارضة تعتبر ضمانا لتوازن العقد ، فإنه لا ضمان فى حالة اتحاد مصالح الاطراف على أمر معين يضر بالمصلحة العامة كما فى اتفاق تجار على سعر معين لسلع ضرورية فى أوقات الأزمات ، حيث يضر ذلك بمصالح مجموع المستهلكين . واذا كانت الحرية التعاقدية تصلح فى وضع تقوم الدولة فيه بدور سياسى فقط فانها لا تصلح فى ظل الدولة الحديثة التى تقوم بدور اقتصادى (٢) .

وكثيرا ما يغفل الأطراف بعض العناصر الأساسية فى عقودهم فيكون العقد ناقصا Contrat incomplet ، وطبقا لنظرية سلطان الإرادة لا أثر لهذا العقد الناقص لأنه لا يمكن تكملة هذا النقص بغير إرادة الأطراف . فاذا أغفل فى عقد عمل تحديد أجر العامل ، فان هذا العقد لا أثر له فى نظر مبدأ سلطان الإرادة ، بينما يلجأ القضاء فى هذه الحالات إلى البحث عن الشروط المتعامل بها فى السوق وإلى العادات الإجتماعية لتحديد هذا الأجر حتى يجعل لإرادة الأطراف قيمة بدلا من اهدارها نهائيا ، وواضح أن هذه العناصر التى يبحث عنها القضاء هى

(١) ويل وتريه : فقرة ٥٩ - ٦٠ - ص ٥٨ - ص ٦٠ .
(٢) ويل وتريه : فقرة ٦٠ - ص ٦٠ - ص ٦١ .

غريبة تماما عن إرادة المتعاقدين (١) .

ولا يمكن أن يقال أن الميراث وصية مفترضة ، فالميراث أسبق ظهورا من الوصية كما هو ثابت تاريخيا ، وأساسه اشتراك الأسرة فى ملكية الأموال . ثم ماذا يقول أنصار مبدأ سلطان الإرادة إذا كان المورث عديم الأهلية كالمجنون والطفل الصغير ، هل يمكن ان يقال أن الميراث وصية مفترضة منه بينما لا يستطيع أصلا أن يوصى بوصية صريحة فضلا عن ضمنية ؟ ! كذلك ليست الإرادة مطلقة اليد فى ساحة الملكية بل هى مقيدة باعتبارات التضامن الإجتماعى ، ولا فى مجال الأسرة ، لأن حقوق الأسرة لم ينظمها عقد الزواج بل نظمها المشرع بوضع الزوجين فى مركز قانونى تولى هو تحديده . " أما القول بأن المجرم قد ارتضى توقيع العقوبة عليه فهو قول أقرب إلى التهكم منه إلى الحقيقة ، إنما العقوبة ترجع فى مشروعيتها إلى اعتبارات إجتماعية لا دخل لارادة المجرم فيها (٢) " .

ومن النظريات الاشتراكية التى حملت لواء معارضة مبدأ سلطان الإرادة :

النظرية الكاثوليكية الاشتراكية Le catholicisme social فقد كشفت هذه النظرية عن ابتعاد مبدأ سلطان الارادة على يد فلاسفة

---

(١) ويل وتريه : فقرة ٦١ ص – ص ٦٢ .

(٢) السنهورى : الوجيز – فقرة ٢٨ – ص ٣٢ – ٣٣ .

القرن الثامن عشر عن المفهوم الكنسى له ، فالكنسيون كانوا يرون أن العقد الملزم هو الذى يكون عادلا والذى يكون ، له سبب صحيح ، ولا يكون ربويا . ويجب حماية الأطراف من إهمالهم ، ومن الغبن الذى يحتمل وقوعه فى التعاقد . كذلك أبرزت المدرسة الاشتراكية ecole socialiste ان الحرية التعاقدية لم تعد مناسبة للاقتصاد الذى تديره الدولة او تقوم بدور فيه ، لأن تدخل الدولة فى الاقتصاد يقتضى أن تتدخل فى العقود لتجعلها تحقق نفس الهدف الذى ترمى هى إليه (١) .

أما النظرية القانونية فى معارضة مبدأ سلطان الارادة فقد تقدم بها الفقيه ديجى Duguit والمدرسة التضامنية الفرنسية l'ecole solidariste française فهم يأخذون على مبدأ سلطان الارادة اعطاءه للأفراد الحق فى انشاء الالتزامات الأمر الذى يستوجب الاعتراف للفرد بحق شخصى يعلو على حق المجتمع . والصواب عندهم أن دور الارادة الفردية هو تحريك قواعد قانونية موضوعية معينة لتنطبق على علاقات الأفراد . فهناك قواعد قانونية تحركها الارادة الفردية كما فى ابرام عقد صحيح يرتب عليه القانون التزامات

---

(١) ويل وتريه : فقرة ٦٣ – ص ٦٢ – ص ٦٣ . إن اعتبار القوة الملزمة للعقد تستند إلى سلطان الارادة وإجبار المدين على تنفيذ التزامه رغم تبدل الظروف يعتبر الحاقا للخراب به ، وفى ذلك ما لا يتفق مع العدالة . لذلك ورغم وجود هذا المبدأ يسمح بتعديل تنفيذ العقد طبقا لنظرية الظروف الطارئة . بلا نيول وريبير : فقرة ١٥ – ص ٢٢ .

معينة استجابة للارادة الفردية . وهناك قواعد لاتحركها الارادة الفردية مثل قواعد الاهلية بالنسبة الى القصر ، فليست إرادة القاصر هى التى طبقتها ، ومثل قواعد المسئولية التقصرية ، فليست إرادة مرتكب الفعل الضار هى التى تحركها . وينبنى على ذلك أن العقد إنما هو توافق إرادات عدة أشخاص على الخضوع لقاعدة قانونية موضوعية لا تنطبق عليهم إلا إذا ارادوا هم ذلك فهو عمل أو تصرف شرطى acte-condition إن تتوافر الارادة يتوافر انطباق القاعدة (١) .

٦٥ – **نتائج الهجوم على مبدأ سلطان الارادة :** كان من نتائج الهجوم على مبدأ سلطان الارادة أن أعيد النظر مرارا فى هذا المبدأ سواء من جانب المشرع أو من جانب القضاء . ولم تعد الحرية التعاقدية هى حرية الفرد المطلقة فى ان يتعاقد او لا يتعاقد . بل أصبحت هناك حالات يفرض فيها التعاقد أو عدم التعاقد على الفرد رغم إرادته فلا سلطان لارادته فى هذه الحالات ، بل لا حول لها ولا قوة . نجد ذلك مثلا فى التأمين الاجبارى على السيارات لمصلحة الغير الذى انتشر فى مختلف الدول ، وفى عقد الايجار ولم يعد المالك حرا فى اختيار المستأجر بل يكون المستأجر أحيانا مفروضا عليه خاصة فى حالات الامتداد الضمنى لعقود الايجار . كذلك رفض التعاقد لم يعد احيانا عملا مشروعا ، فامتناع موردى بعض المواد عن التعاقد ينطبق عليه ما ينطبق على تقاضى ثمن غير مشروع (٢) وموثق

---

(١) ويل وتريه : فقرة ٦٤ – ص ٦٣ – ص ٦٤ .

(٢) ويل وتريه : فقرة ٦٦ – ص ٦٤ – ص ٦٥ .

العقود ليس من حقه ان يمتنع عن توثيق عقد طلب إليه (١) .

وكما تناول مبدأ سلطان الارادة الشكل والموضوع معا فى العقد تناولت انتكاسته الشكل والموضوع أيضا . فاذا بالشكلية (الكتابة) تتزايد فى العقود بقصد حماية الأطراف وتنبيههم إلى خطورة ما يقدمون عليه من تعامل ، وإذا بتدخل المشرع فى العقود بالقواعد المتعلقة بالنظام العام يتزايد يوما فيوما ، تارة آمرا بأشياء ، وأخرى ناهيا عن أشياء : يضع نظاما وقواعد لعقد التأمين ويأمر باتباع الشروط التى ذكرها (قانون ١٣ يوليو ١٩٣٠ بفرنسا مثلا) أو ينهى عن تحديد مدة لعقد العمل او قيمة الاجرة فى عقد الايجار فى بعض الأحيان ، ويرسم طرقا خاصة لذلك . ولعب القضاء أيضا دوره فى مواجهة الحاجات العملية التى لايستجيب لها مبدأ سلطان الإرادة ، فنراه يفرض على الناقل مثلا فى عقد النقل التزاما بضمان سلامة الراكب obligation de securité (٢) .

وفيما يتعلق بالقوة الملزمة للعقد لم يعد مرتبطا تعديله بارادة جميع اطرافه ، بل من الممكن تعديله بواسطة أغلبيتهم كما فى عقود تأسيس الشركات والجمعيات وتخضع الأقلية لرأى الأغلبية ، ودور القاضى فى تفسير العقد ليس دور خادم الارادة الفردية ، وانما هو أيضا دور خادم المصلحة العامة ، فعليه أن يبحث عند الشك عما

---

(١) ويل وتريه : فقرة ١١٢ – ص ١١٨ .
(٢) ويل وتريه : فقرة ٦٦ – ص ٦٥ – ص ٦٦ .

يبدو مطابقا للعدالة بحسب المفاهيم السائدة فى الوقت الذى يعرض عليه فيه النزاع . وقد يصل الأمر إلى تدخل المشـرع ليمس بـالقوة الملزمـة للعقود التى تضر بصالح جموع من الشعب فيسن قانونا يؤجل به سـداد الديون او يعفى من الفوائد أو يعفى من جزء من اصل الديـن ، ويكـون ذلك عادة فى أوقات الأزمات التى تعقب الحروب (١) .

وأخيرا فاننا لا نعتقد ان مبدأ سلطان الإرادة سـينتهى بـه التطـور عند الحد الذى ذكرنـاه ، بـل لابـد وأن يتطـور ويتطـور تحـت ضغـط الظروف والحاجات ومعنى هذا أنه يجب أن يؤخذ هذا المبدأ بمرونـة تسمح بالملاءمة بينه وبين مقتضيات كل عصر .

٦٦ – حرية التعاقد فى الفقه الاسلامى : مـن المقرر فـى الفقـه الاسلامى أن المسلم إذا ارتبط بعقد وجب عليه الوفـاء بـه إعمـالا للآيـة الكريمـة : " يأيهـا الذيـن آمنـوا أوفـوا بـالعقود " . والحديث الشـريف " المسلمون عند شروطهم " (٢) .

واذا كانت كتب الفقه الاسلامى قد خصت عقودا معينـة بالعناية

---

(١) ويل وتريه : فقرة ٦٩ – ص ٦٧ – ص ٦٨ .

(٢) السنهورى : مصـادر الحق : ج١ – ص ٨٠ . وينقل عـن صـاحب البدائع قوله فـى شـرح الحديث الشريف (ج٥ – ص ٢٥٩) " فظـاهرة يقتضـى لزوم الوفاء بكل شرط إلا ما خص بدليل ، لأنه يقتضـى أن يكـون كـل مسـلم عند شرطه وإنما يكون كذلك إذا لزمه الوفاء به . وهذا لأن الأصل ان تصرف الإنسان يقع على الوجه الذى أوقعه إذا كان أهلا للتصرف والمحل قابلا وله ولاية عليه " .

والشرح باعتبارها ما يجرى عليه التعامل فى تلك الأزمان ، فإنهم يسمحون مع ذلك للأفراد بأن يبتدعوا صورا جديدة من العقود أو ان يمزجوا بين عقدين أو أكثر من العقود المعروفة فى عقد واحد . على أن ذلك إنما يكون فى دائرة معينة هى دائرة الحلال والمباح ولا تمتد هذه الحرية إلى دائرة الحرام ، أو بالتعبير العصرى : بحيث لا تمس حرية التعاقد بالنظام العام . ويلاحظ أن دائرة النظام العام فى الفقه الاسلامى متسعة بسبب تحريم العقود الربوية وتحريم عقود الغرر واستخدام نظرية الشرط المقترن بالعقد (١) . وقد رأينا أن القوانين الحديثة تتجه نفس هذا الاتجاه نحو توسيع دائرة النظام العام شيئا فشيئا.

على أن هذا القول هو أحد رأيين فى الفقه الاسلامى ، ذلك ان هناك اتجاها يميل الى التشدد واتجاها يميل الى التيسير . وفى هذين الاتجاهين يقول الاستاذ محمد ابوزهرة :

" الاتجاه المتشدد يرى ان كل آثار العقود من الشارع وان الاصل فى العقود المنع حتى يقوم الدليل على الاباحة ويستندون فى ذلك الى الحجج التالية :

١ - ان الشريعة رسمت حدودا واقامت معالم لرفع الحق .. وكل عقد لم يرد به دليل مثبت له من الشرع أو لا يعتمد على أصوله الثابتة

---

(١) السنهورى : مصادر الحق : ج١ - ص ٨١ .

بلا ريب فى ثبوتها فهو تعد لحدود الشريعة وما يكون فيه تعد لحدودها لا تقره ولا توجب الوفاء به

٢ - استدل بقول الرسول صلى الله عليه وسلم " من عمل عملا ليس عليه امرنا فهو رد " فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الانسان والتزمه الا ما صح ان يكون عقدا جاء النص بالالزام به باسمه أو بإباحة التزامه . وأيضا فقد ورد أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقف خطيبا فحمدالله واثنى عليه بما هو أهله ثم قال : " اما بعد فما بال أقوام يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله ، ما كان من شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط ، كتاب الله أحق وشرط الله أوثق "

واستدل الذين يرون التيسير إلى :

١ - أن الاصل فى العقود الاباحة لا المنع وان كل عقد واجب الوفاء الا ما قام الدليل على منعه بما ورد فى القرآن الكريم من وجوب الوفاء بالعقود من غير تعيين . فكل ما يصدق عليه أنه عقد فهو واجب الوفاء بمقتضى نص القرآن . ولقد أثبت القرآن أن كل تجارة يوجد فيها الرضا فهى مباحة تثبت لكلا العاقدين حقوقا مالية .. وآيات القرآن الواردة فى وجوب الوفاء بالعهود كثيرة متضافرة فى المعنى ومبينة ان الغدر ليس من الاسلام ، وليس العقد بين العاقدين الا عهدا قد قيدت باحكامه ذمتهما فالوفاء به نوع من الوفاء بالعهد فالوفاء بكل عقد

واجب ولو لم يرد به نص ما دام لم يشتمل على أمر حرمه الشارع ونهى عنه .

٢ – استدل ايضا بأن العقود من الافعال التى تسمى فى لسان الفقهاء بالعادات وليست من العبادات.والعادات ينظر فيها الى عللها ومعانيها لا الى النصوص والآثار فليست عبادة يتعبد بها ، فلا يقف المكلف عند النص بل كل ما تتحقق فيه العلة يتعدى اليه الحكم وقد ناط الشارع الحكيم نقل الحقوق واسقاطها بالرضا فكل عقد يتحقق فيه الرضا وفيه نقل حق أو اسقاط حق فهو واجب الوفاء ولو لم يرد به نص صريح مبيح .

٣ – استدل ايضا بأن كثرة الفقهاء واصحاب المذاهب المشهورة يقررون ان الاصل فى الاشياء والمعاملات العادية ، وما لا يتعلق بالابضاع الحل لا الحرمة ، ولا شك ان عقود المعاملات المالية من ذلك الصنف فكان الاصل فى الاقدام عليها الاباحة ويقول ابن تيمية ان القول بالمنع حتى يقوم الدليل على الاباحة هو قول أهل الظاهر وكثير من أصول ابى حنيفة تتبنى على هذا وكذلك كثير من أصول الشافعى وأصول طائفة من اصحاب مالك وأحمد فان أحمد قد يعلل احيانا بطلان العقد بكونه لم يرد به أثر ولا قياس كما قاله فى احدى الروايتين فى وقف الانسان على نفسه .

* وهنا يجول بالخاطر سؤال يبلبل النفس ويثير الحيرة : أتقف

الشريعة فى نظر أولئك العلية من العلماء جامدة فتحكم بالبطلان على كل ما يجد فى شئون المعاملات من عقود وشروط ؟ ان الصفقات التجارية قد اتسع افقها وتنوع بحسب العرف التجارى ما يشترطه العاقدون حتى وجدت عقود لم تكن وتفنن الناس فى الشروط تفننا باعد بين العقود وأصولها المذكورة فى كتب الفقه ، ولو حكمنا ببطلان تلك العقود وفسادها بتلك الشروط لصار الناس فى حرج وضيق ولشلت الحركة فى الاسواق .. ولكن القارىء الممعن فى تفهم ما يقرأ يرى أن الكثرة من أولئك الذين منعوا الوفاء بالعقد حتى يقوم الدليل قد وسعوا فى الادلة المثبتة لجواز العقود حتى وسعت تلك الأدلة كل ما تجرى به المعاملات او اكثره حتى لا يكون الناس فى ضيق فأكثرهم يقرر بعض أو كل الاصول التالية :

١ - اصل المصالح المرسلة فانها تثبت ان كل ما فيه مصلحة غير محرمة يجيزه الشارع

٢ - وأصل الاستحسان .

٣ - وقاعدة ان ما يجرى به العرف يقره الشارع ما لم يكن مصادما لنص .

هذه الاصول لو أخذنا بها أو ببعضها وطبقناها فى العقود لوجدنا الاكثرين من الفقهاء قد فتحوا الباب ولم يضيقوا واسعا على الناس ،

وهم يتقاربون بهذا ممن يقولـون ان الاصـل فـى العقـود الاباحـة حتـى يقوم الدليل وبذلـك تخـف حـدة الخـلاف ويهـون الفرق . ولنبـدأ بقـاعدة العرف واقرار الشارع لما يجرى به . فالعرف اصل ثابت عند الحنفيـة ، فلقـد صـرح فـى المبسـوط بـأن الثـابت بـالعرف كالثـابت بـالنص ، والعرف يعتبر مـن الـدلالات الشـرعية اعتمـادا علـى الاثـر " مـا رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن " . ولقد يذكـر الفقهـاء قـوة العـرف لا فى اثبات الأحكام الشرعية فيما لا دليل له سواه بل يذكرونه فى مقام معارضتـه لغيره مـن الادلـة الشـرعية وعـدم معارضتـه فيذكـرون ان العرف لا يعارض النص بل يسقط العرف بجوار النص ، ولكن العرف يعتبر إذا كان الدليل الذى يعارضه قياسا والعرف العام لكل البلاد تثبت أحكامه لكلها والخاص ببلدة واحدة يثبت حكمـه علـى تلـك البلـدة فقط . ولكن العرف الذى يصـح أن يكـون معارضـا لأدلـة الفقـه الأخـرى هـو العرف العام فقط أما العرف الخاص فهو لا يؤخذ به الا فيما اذا لم يكن فى موضوعه أى دليل فقهى سواه . ولقد اثبتـوا بنـاء علـى أن العـرف دليل شرعى وأن ما يثبته العرف يقره الشرع ما لم يكن نص يخالفـه – صـحة عقد الاستصناع لأن التعامل جرى به بين الناس كما اثبتوا صـحة كل شرط ليس مـن مقتضـى العقـد ولـم يـرد بـه أثر وفيـه منفعـة لأحـد العاقدين وجرى به عرف . وإذا ثبت أن الحكـم فـى مذهـب أبـى حنيفـة بمقتضـى المـروى الصحيـح فـى كتبـه مخـالف للعـرف العـام ولـم يكـن معتمدا على نص صريح ، صح للمفتى على مذهب الحنفيـة أن يخـالف المنصوص عليه فى المذهب ، ولا يعتبر خارجا فى فتياه عـن نطاقـه . ولهذا قالوا فى شروط الاجتهاد أنـه لابـد مـن معرفـة عـادات النـاس ..

ولهذا نرى مشايخ المذهب خالفوا ما نص عليه المجتهد فى مواضع كثيرة بناها على ما كان فى زمنه ، لعلمهم بأنه لو كان فى زمنهم لقال ما قالوا أخذا من قواعد مذهبه ، ومن ذلك افتاؤهم بجواز الاستئجار على تعليم القرآن ونحوه لانقطاع عطايات المعلمين التى كانت فى الصدر الأول ، وكذا على الامامة والاذان . ومن هذا كله يستفاد ان العرف دليل شرعى وان كل العقود التى يقرها عرفنا الحاضر كشركات المساهمة .. هى عقود شرعية يقرها فقه ابى حنيفة ما دامت لم تخالف نصا فى الشرع ويكون هذا من تقرير حرية التعاقد وارسالها غير مقيدة الا بالعرف .

ولننتقل الى الاصل الثانى الذى يفتح لنا الباب لحرية التعاقد وهو الاستحسان وقد انكر ذلك الاصل الشافعى ومن نحا نحوه وقال من استحسن فقد شرع .. ولكن اخذ بالاستحسان ابوحنيفة واصحابه ومالك حتى انه يروى عنه انه قال : " تسعة اعشار العلم الاستحسان " .. واحسن تعريف للاستحسان عند الحنفية ما قاله ابوالحسن الكرخى ، وهو ان يعدل المجتهد عن ان يحكم فى المسألة بمثل ما حكم به فى نظائرها الى غيره لدليل أقوى يقتضى العدول عن الدليل الأول المثبت لحكم هذه النظائر ، ويدخل فى عموم هذا التعريف ما يقوله بعض الفقهاء من ان الاستحسان هو القياس الخفى .. ولو طبقنا الاستحسان وسرنا سير الاقدمين فيه وفتحنا أبوابه فى العقود لوسع كل ما تقتضيه المعاملات من العقود التى لم يرد نص صريح قاطع بتحريمها كالعقود الربوية . فما لم يكن العقد ربا صريحا فالاستحسان متسع له .

ولننتقل بعد هذا الى الاصل الثالث الذى يوسع باب شرعية العقود ووجوب احترامها وهو المصالح المرسلة . ويسمى فى عرف بعض الاصوليين الاستصلاح وهو صنو الاستحسان وقريب منه فى مرماه وان كان هو أوسع شمولا ومعناه الأخذ بكل امر فيه مصلحة يتلقاها العقل بالقبول ولا يشهد أصل خاص من الشريعة بالغائها أو اعتبارها ولم يأخذ به سوى مالك من الائمة الأربعة .. والمصلحة المرسلة التى يعتد بها هى التى تكون ملائمة فى الجملة لاغراض الشارع وان لم يشهد لها أصل خاص ، وبذلك يبتعد الهوى والتشهى عن الشرع والافتاء فيه ، ومن جهة ثانية فالذى يفتى بالأخذ بالمصلحة المرسلة هو المجتهد وفى ذلك حصانة من غلبة الشهوة والهوى . ولا يعيب الشريعة اختلاف الاحكام باختلاف الاشخاص عند الاخذ بالمصلحة المرسلة بل يدل على مرونة الشريعة " (١) .

نظرية الشروط المقترنة بالعقد : يرى الشيخ محمد ابوزهرة فى هذه النظرية جزءا من حرية التعاقد " فان الذين يفتحون باب التعاقد على مصراعيه غير مقيديه الا بدليل من الشرع مانع يفتحون أيضا باب الشروط فى العقود فيجعلون للعاقد ان يشترط فى اثناء تكون العقد ما شاء من الشروط . والذين يقيدون باب التعاقد ويستمسكون بمقتضيات العقود التى اقرها الشارع والآثار التى اعتبرها لا يعدونها ، لا يحترمون من الشروط الا ما يتفق مع مقتضاها.ان الشريعة لا تعطى

---

(١) أبوزهرة : الملكية ونظرية العقد – الفقرات ١٣١ – ١٣٦ – ص ٢٥٨ – ٢٧٢ .

حمايتها لكل الشروط التى يشترطها الناس فى عقودهم بل تعطى تلك الحماية لما يلائمها من الشروط وتمنعها مما يخالفها ، مثل القوانين الحديثة فى معاملتها للشروط المخالفة للنظام العام ولكن ما الضابط للشروط المحللة السائغة والشروط غير السائغة فى الشريعة . اختلفوا فى ذلك على ثلاثة مذاهب : فمذهب أكثر فقهاء الحنفية والشافعية والمالكية ان كل شرط يخالف الشرع الشريف أو يزيد على مقتضى العقد الذى اشترط فيه من غير ورود أثر به ـــ شرط لا يقره الشرع ولا يرعاه كأن تشترط المرأة فى الزواج الا يتزوج عليها أو لا ينقلها من بلدها فهذا الشرط لا يقتضيه عقد الزواج . وأصول كثيرين من الحنابلة على أن كل شرط لم يقم دليل من الشرع على النهى عنه وعلى عدم اعتباره فهو ملزم يجب الوفاء به من غير تقييد بمقتضى العقد وذلك لأن الناس عند شروطهم .. ولذا أوجب الحنابلة الوفاء بالشروط التى تصحب عقد الزواج كأن تشترط المرأة الا يتزوج عليها والا ينتقل من بلدها او دارها ويجيز لها فسخ النكاح اذا تزوج عليها .. كما اجازوا اشتراط البائع سكنى الدار المبيعة سنة ونحو ذلك . وهكذا نرى كثيرين من الحنابلة قد فتحوا باب الشروط فى العقود من غير قيد ولا شرط الا شرطا واحدا وهو الا يخالف الشرط شيئا من كتاب الله أو سنة رسوله صلى الله عليه وآله وسلم أو يثبت من قواعد الشريعة العامة المنع فيه . وقال الظاهرية أنه لايعتبر من الشروط الا ما ورد النص باثباته وقام الدليل على وجوب الوفاء به لأن الالتزامات الشرعية لا تأخذ قوتها من اقوال العاقدين وارادتهما ولكن مما يرتبه الشارع على أقوالهم ويحكم بأنه اثر لتصرفاتهم .

" ونرى من هذا ان الخلاف فى حرية الاشتراط عند التعاقد هو جزء من الخلاف فى حرية التعاقد نفسها ، ثم ان الحنابلة والظاهرية يقفان فى هذا المقام على طرفى نقيض . وانا مع ميلنا الى طريقة الحنابلة فى الشروط التى تشترط فى العقود المالية وفتح بابها واطلاق الحرية للمتعاقدين فى اشتراط ما يريانه من شروط فيها ما دامت لا تدخل فى عموم منهى عنه أو تخالف قاعدة مقررة فى الشريعة ، نرى أن الرأى الوسط فى الشريعة ان تقسم الشروط فى كل العقود كما قسمها الشاطبى فى موافقاته الى ثلاثة أقسام أحدها : ان يكون مكملا لحكمة الشروط وعاضدا لها بحيث لا يكون فيه منافاة لها على حال كاشتراط الكفء والامساك بمعروف والتسريح باحسان فى النكاح . واشتراط الرهن والحميل والنقد أو النسيئة فى الثمن فى البيع . فهذا القسم لا اشكال فى صحته شرعا . والثانى : ان يكون الشرط غير ملائم لمقصود العقد ولا مكمل لحكمته بل هو على الضد من الأول . كما اذا اشترط فى النكاح الا ينفق عليها أو شرط فى البيع الا ينتفع بالمبيع أو أن انتفع فعلى بعض الوجوه دون بعض او شرط الصانع على المستصنع الا يضمن الشىء المستأجر عليه وان تلف . وهذا القسم لا اشكال فى ابطاله لأنه مناف لحكمة السبب فلا يصح ان يجتمع معه . والثالث : لا يظهر فى الشرط منافاة لمشروطه ولا ملاءمة ، والقاعدة المستمرة فى امثال هذه التفرقة بين العبادات والمعاملات فما كان من العبادات لا يكتفى فيه بعدم المنافاة دون ان تظهر الملاءمة ، لأن الأصل فيها التعبد دون الالتفات الى المعانى والاصل فيها الا يقوم عليها الا باذن ، اذ لا مجال للعقول فى اختراع التعبدات فكذلك ما

يتعلق بها من الشروط ، وما كان من العاديات يكتفى فيه بعدم المنافاة ، لأن الاصل فيها الالتفات الى المعانى دون التعبد والاصل فيها الاذن حتى يدل الدليل على خلافه (١) .

ويقول بعض الفقهاء : " ان الارادة فى العقود لم تقيد فى وقت ما ولم تهمل ويكتفى بأمور شكلية (كالقانون الرومانى) انقطعت الصلة بينها وبين نية العاقد وارادته . والكتاب والسنة ناطقان بهذا : " ألا ان تكون تجارة عن تراض منكم " - " لا يحل مال امرىء مسلم الا بطيب من نفسه " - " فان طبن لكم عن شىء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا " . ولم يخالف احد من الأمة فى ان الرضا وحده كاف لتحقق الالتزامات أضف الى ذلك ان الله تعالى امر بالوفاء بالعقود والنذور والعهود على وجه العموم ولم يستثن منها الا ما كان محرما ونصوص الكتاب والسنة فى هذا لا تحصى سواء كان العقد بين طرفين ام كان بين العبد وربه أم كان منشؤه ارادة العبد المنفردة حتى لقد أمر المسلمين بوفائهم للمشركين بعهودهم . وبالجملة فارادة الانسان فى الشرع الاسلامى حرة فى تصرفاتها " (٢) .

---

(١) ابوزهرة : الملكية ونظرية العقد - الفقرتان ١٣٧ و ١٣٨ ص ٢٧٢ - ٢٧٥ .

(٢) احمد ابراهيم : الالتزامات فى الشرع الاسلامى ص ٤٢ - ٤٣ .

المبحث الثالث
أنواع العقود

٦٧ - رأينا أن التصرف القانونى ينقسم بحسب عدد الإرادات التى اشتركت فى انشائه الى تصرف بارادة منفردة وعقد .

ونحن الأن نتناول العقد لنقسمه بدوره الى أقسام مختلفة بحسب الزاوية التى ينظر إليه منها ، وقبل أن نشرع فى ذلك نلقى نظرة على تقسيمات الفقه .

٦٨ - عرفنا من قبل أن الفقه الإسلامى يطلق لفظة العقد على الالتزام بارادة منفردة أو باتفاق ارادتين . فكأن العقد فى مفهومنا الحالى هو العقد بالمعنى الضيق فى الفقه الإسلامى . ومؤلفات الفقه الإسلامى القديمة لا تضع تقسيما للعقد ذاته ، وإنما تعالج عقودا معينة كانت شائعة فى المعاملات آنذاك . ولكنها فى معالجة هذه العقود ترتبها بناء على أعتبار معين ينظر إليه الفقيه . فينظر البعض الى العوض من حيث وجوده وعدمه ، فيقسمون العقود الى معاوضة (كالبيع والإجارة والاستصناع والصلح والشركة) وعقود تبرع (كالهبة والعارية والوديعة) وعقود هى تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء (كالكفالة والحوالة والوكالة والرهن والقرض) وأحيانا يقسمون العقود الى الودائع (وهى الوديعة والعارية والرهن والشركة) والوكالات (وهى الوكالة والشركة والمضاربة) والتوثيقات (وهى الكفالة والحوالة

والرهن) وأفضل هذه التقسيمات في نظر بعض الفقهاء المعاصرين هو تقسيم العقود بحسب محلها . وهو التقسيم المتبع في كتاب مرشد الحيران لمحمد قدري باشا ، في المواد من ٢٦٣ الى ٢٦٦ (١) . وعنه نقلت التقنينات المدنية في العراق ومصر وسوريا . فالتقنين المدني العراقي ينص في المادة ٧٤ على أنه " يصح أن يرد العقد : ١ - على الأعيان منقولة كانت أو عقارا لتمليكها بعوض بيعا وبغير عوض هبة ولحفظها وديعة أو لاستهلاكها بالانتفاع بها قرضا . ٢ - وعلى منافع الأعيان للانتفاع بها بعوض أجارة أو بغير عوض إعارة . ٣ - وعلى عمل معين أو على خدمة معينة " . اما التقنينان المصري والسوري فقد تناولا العقود المسماه مقسمة من حيث محلها الى عقود ترد على الملكية وهي البيع والهبة والشركة والقرض والصلح ، وعقود تقع على الانتفاع بالشيء وهي الإيجار والعارية ، وعقود ترد على العمل وهي المقاولة وعقد العمل والوكالة والوديعة والحراسة . ثم عقود الغرر وهي المقامرة والرهان وعقد التأمين . وعقد للتوثيق وهو عقد الكفالة ، وجعلا الرهن مع التأمينات العينية

---

(١) نص المادة ٢٦٣ من مرشد الحيران : " يصح أن يرد العقد على الأعيان منقولة كانت او عقارا لتمليكها بعوض أو بغير عوض " . والمادة ٢٦٤ " يصح أن يرد العقد على الأعيان لحفظها وديعة أو لإستهلاكها بالإنتفاع بها قرضا ورد بدلها " . والمادة ٢٦٥ " يجوز ورود العقد على منافع الأعيان للانتفاع بها بعوض اجارة او بغير عوض اعارة ورد عينها لصاحبها " . والمادة ٢٦٦ " يصح أن يرد العقد على عمل معين من الأعمال الصناعية أو على خدمة معينة " .

انظر السنهوري : مصادر الحق - ج١ - ص ٧٩ ، عبدالفتاح عبدالباقي : فقرة ٣٧ ص ٨٠ .

الأخرى (١) أما تقنين الالتزامات والعقود المغربى فلم يتبع سياسة تشريعية معينة فيما تناوله من العقود فتكلم فى الكتاب الثانى الخاص بالعقود المسماة عن عقود معاوضة فى الأقسام الثلاثة الأولى هى البيع والمعاوضة (المقايضة) والاجارة بانواعها (الأشياء ثم الاشخاص أى العمل والمقاولة) ثم تكلم عن عقود تبرع فى ثلاثة أقسام هى الوديعة والعارية بنوعيها والوكالة ثم خصص قسما للشياع والشركة سماه الاشتراك وقسما لعقود الغرر وقسما للصلح وقسما للكفالة وقسما للرهن الحيازى .

٦٩ – أما التقسيمات الشائعة فى الفقه الحديث والتى سنتحدث عنها فى هذا المبحث فهى :

١ – من حيث تكوين العقد : إما أن يكون رضائيا او شكليا أو عينيا .

٢ – من حيث أثره نجد قسمين : العقد الملزم للجانبين والملزم لجانب واحد ، ثم عقود المعاوضة وعقود التبرع .

٣ – من حيث طبيعة العقد ومقدار ما يلزم به كل متعاقد : تنقسم إلى عقود محددة ، وعقود احتمالية .

---

(١) السنهورى : مصادر الحق – ج١ – ص ٧٩ ، هامش رقم ٢ .

٤ – من حيث التنظيم التشريعى للعقد : تنقسم إلـى عقـود مسـماة وغير مسماة .

٥ – من حيـث موضـوع العقد أو مضمونـه : تنقسـم إلـى عقـود بسيطة وعقود مختلطة .

٦ – من حيث المدة التى يستغرقها تنفيذ الالتزامات : تنقسـم الـى عقود فورية وعقود زمنية .

وهنـاك مجموعـة مـن التقسـيمات أقل أهميـة نتعـرض لهـا فـى اختصـار وهى تقسيم العقود إلى عقود رئيسية وعقود تبعيـة ، وتقسـيمها إلـى عقـود حسـن النيـة وعقـود حرفيـة التنفيـذ ، وتقسـيمها الـى عقـود المسـاومة وعقـود الاذعـان والعقـود المفروضـة ، وتقسـيمها الـى عقـود فردية وعقود جماعية ، وتقسيمها الى عقود مدنية وعقود ادارية .

التقسيم الأول
العقود الرضائية والشكلية والعينية

٧ – العقـد الرضـائى le contrat consensuel عقـد يكفـى فى إبرامه تراضـى المتعاقدين ، وهذا النوع من العقود هو القاعدة العامة فى العقود الآن بعد التطور الواسع الـذى حققـه مبدأ سلطان الارادة . والعقود الشكلية والعينية تعتبر استثناء .

فقد رأينا فى عرضنا للتطور التاريخى لمبدأ سلطان الارادة ، أن القانون الرومانى القديم كان مغرقا فى الشكلية ، ولا يقيم للارادة وزنا فالعقد ليس ارادة بل اجراء ، وحتى فى عهد جستنيان لم يقر القانون الرومانى مبدأ الرضائية على اطلاقه . وفى القانون الفرنسى القديم لم يسد العقد الرضائى ، لأن انتشار الجهل جعل الأفراد فى حاجة إلى نوع من الشكلية ، فنجدهم يرمزون الى اتمام التصرف بطرق مختلفة كتسليم عصا او شىء آخر إلى الطرف الثانى . وكانوا يعتبرون دفع العربون دليلا على انعقاد العقد فى البيع والايجار وبعض العقود المشابهة . وهناك عادة كانت مألوفة فى القديم وهى أن يضرب المتعاقد ببطن الكف بشدة كدليل على اتمام العقد ويسمون ذلك la Paumée أو ان يشرب الطرفان سويا دليلا على تمام العقد (١) .

ومثل هذه العادات ما زالت موجودة ، ومثلها ان يتصافح الطرفان ليؤكدا انعقاد العقد .

وتحت تأثير القانون الكنسى بدأ ظهور دور الارادة وفكرة الرضائية وقد بدأ ذلك التطور بسبب اضطراب الأحوال السياسية والاجتماعية فى ذلك الحين ، فكان الأفراد يلجأون إلى القضاء الكنسى هربا من السلطة الزمنية والفوضى التى احدثتها . وكان السبيل الى ذلك هو استخدام فكرة دينية هى : فكرة القسم أو اليمين-فمن يقسم اليمين يلتزم سواء كان

(١) ويل وتريه : فقرة ١١٦ – ص ١٢٤ .

يقصد انشاء التزام جديد أم كان يقصد تأكيد التزام موجود من قبل . غير أن الالزام ينصب على عاتقه وحده ، فلا ينتقل إلى ورثته واليمين يغنى عن البحث عن سبب الالتزام ، فلا يلتفت اليه . والحنث فى اليمين يعتبر خطيئة يعاقب من يرتكبها بعقوبات دينية . ثم أخذ القضاء الكنسى يبحث فى نوايا مرتكب خطيئة الحنث la parjure والغرض الذى أقسم من أجله ، وبعد أن كان القسم تصرفا بإرادة منفردة لا يذكر له سبب ويفسر تفسيرا ضيقا ، أصبح تصرفا مقيدا مسببا تقع دوافعه تحت سلطة القاضى هكذا بدأ يستقر مبدأ احترام الكلمة والتعهد ، دون حاجة الى توافر شكل معين حتى لقد قيل " إن الثيران تربط من قرونها أما الرجال فمن عباراتهم " ، وصاغ الكنسيون مبدأ مخالفا للقانون الرومانى هو : أن العقد العارى (العارى من الشكل) ينشىء الدعوى ex nud pacto actio oritur ولكن فقهاء القانون الرومانى وقفوا ضد هذا المبدأ بشدة ، يقررون حتى القرن السادس عشر عكسه : أى أن العقد العارى لا ينشىء أية دعوى ثم ظهرت فى القرن السادس عشر مجموعة من الفقهاء ذوى الدراية بالقانون الكنسى والقانون الرومانى معا قاموا بالتعليق على القانون الرومانى وعمل الحواشى عليه فى ضوء القانون الكنسى ، محاولين أن يثبتوا أن القانون الكنسى موافق لقانون جستنيان ، وهؤلاء هم مدرسة المحشين les glossateurs ومتأخروا المحشين أو المحشون اللاحقون les postglossateurs وهكذا ظهر من كتابات هؤلاء وجود توافق بين القانون الكنسى والقانون الرومانى ، حتى ان جهات القضاء العلمانى les juridictions laïques قد أدخلت فى قضائها نفس مبادىء

الكنسى أحيانا . هكذا كان اليمين وهو نوع من الشكلية ، أداة لتحطيم الشكلية ، وتقرر مبدأ الرضائية فى العقود واستقر فى كتابات دوما وبوتييه ، وفى التقنين المدنى الفرنسى (١) .

وإذا كان القانون المدنى الفرنسى لم يعرف مبدأ الرضائية le consensualisme إلا فى هذا الوقت المتأخر وبعد هذا التطور الطويل ، فإن الفقه الاسلامى منذ ظهوره يعرف مبدأ الرضائية ، ويقرر أن التصرفات تنعقد بالإيجاب فقط (الإرادة المنفردة) أو بتوافر الايجاب والقبول (العقد) دون حاجة إلى توافر شكل معين (٢) . فالكلمة الشفوية ملزمة دون ان تصحبها أية اجراءات .

على ان هناك تصرفا معينا يقع شكليا لورود الأمر به فى القرآن الكريم ، وهو الدين المؤجل حيث تجب كتابته إلا إذا كان محل التعامل تجارة بين تاجرين فلا تلزم الكتابة وقد ورد ذلك فى آية المداينة بسورة البقرة : " يأيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه ... إلى قوله تعالى " إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها " ، وهذا هو ما يعرف فى القانون التجارى الحديث بمبدأ حرية الاثبات فى المسائل التجارية ، وهو مستمد من الشريعة الاسلامية .

---

(١) ويل وتريه : فقرة ١١٦ – ص ١٢٤ – ص ١٢٦ .
(٢) السنهورى : مصادر الحق . جـ ١ – ص ٤٠ – ص ٤١ .

٧١ – أما العقد الشكلى le Contrat Solennel فلا يكفى فيه مجرد التراضى ، وإنما يجب توافر شكل معين يتطلبه القانون فيه وقد رأينا شكليات القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم من قبل أما الشكليات فى القوانين الحديثة فهى تنحصر فى الكتابة رسمية كانت أو عرفية ، فالقانون يتطلب فى بعض العقود أن تتم فى شكل رسمى أى أمام موثق notaire ويسمى التصرف تصرفا رسميا acte notarié أو موثقا acte authentique (١) وقد يكتفى فى العقد أن يحرر بكتابة عرفية acte sous seing prive والكتابة قد تكون مطلوبة للإنعقاد ad Solemnitatem فيعتبر العقد شكليا ، ولا يتم بمجرد تبادل الإيجاب والقبول . وهنا نجد للإرادة دورا بالإضافة الى دور الشكل القانونى المطلوب فبدونها لا ينعقد العقد ، بخلاف الحال فى القانون الرومانى حيث كان الشكل وحده كافيا لإنعقاد التصرف ، وقد تكون الكتابة متطلبة لمجرد إثبات التصرف ad probationem فلا يعتبر التصرف فى نظر الفقه شكليا بل يكون رضائيا ويمكن اثبات العقد فى هذه الحالات بالاقرار واليمين وهذا بخلاف الكتابة المشترطة للانعقاد إذ بغيرها يعتبر العقد غير موجود حتى ولو أمكن إثباته بالاقرار أو اليمين (٢) .

ونحن لانساير هذا الفقه فى اعتبار الكتابه للاثبات ليست نوعا

---

(١) من هذا النوع فى القانون المصرى . الرهن وهبة العقار .
(٢) السنهورى : الوجيز – فقرة ٣٢ – ص ٣٥ – ص ٣٦ .

من الشكلية فالكتابة واحدة فى حالة اشتراطها للانعقاد وفى حالة اشتراطها للاثبات ولذلك نرى أعتبار العقد شكليا فى الحالين ، على أن نفرق بينهما عن طريق الشكلية المؤثرة والشكلية غير المؤثرة فى العقد . ونقصد بالشكلية المؤثرة الشكلية المشترطة للانعقاد لأنه بغيرها لا ينعقد التصرف ونقصد بالشكلية غير المؤثرة الشكلية المشترطة للاثبات لأنه بغيرها ينعقد التصرف ويبقى على من يتمسك به إثباته أما بالاقرار أو باليمين (١) .

وليس القانون هو وحده مصدر الشكلية فى العقود ، بل أن أرادة المتعاقدين قد تجعل العقد الرضائى شكليا . فإذا أتفق الأطراف على أن يتم العقد بكتابة عادية ، أو أن يفرغ فى محرر رسمى ، وجب استيفاء هذا الشكل ، وأصبح العقد شكليا . والشكلية قد يشترطها الأطراف للانعقاد وقد يشترطونها للاثبات فقط ويثور الشك أحيانا حول قصد المتعاقدين من الشكلية ، وفى هذه الحالة يتعين ترجيح أحد الجانبين . وتقضى بعض التشريعات بأعتبار أرادة المتعاقدين تتجه الى جعل الشكلية للانعقاد (٢) ولكن مقتضى مبدأ سلطان الارادة فى غير هذه التشريعات ، هو أن نعتبر الشكلية للاثبات ، لأن الأصل فى العقود

---

(١) يقرب من رأينا هذا ما يراه ويل وتريه من أن اشتراط الكتابة للاثبات شكلية غير مباشرة : أنظر رأيهما : فقرة ١١٨ – ص ١٢٨ – ص ١٢٩ .

(٢) من هذه التشريعات القانون الألمانى (المادتان ١٢٤ ، ١٥٤ مدنى) والقانون السويسرى (المادة ١٦ فقرة أ من تقنين الالتزامات) والقانون اللبنانى (المادة ٢٢٠ موجبات وعقود) .

الرضائية ، والشكلية استثناء لا يتوسع فيه وعلى هذا يجرى القضاء فى مصر وفى فرنسا (١) .

واذا كان من السائغ للأفراد أن يجعلوا العقد الرضائى شكليا بارادتهم ، فإن العكس غير جائز ، أى أنه لايجوز للأفراد أن يستغنوا عن الشكل الذى فرضه المشرع فى عقد ما ، ويتفقوا على جعله رضائيا ، لأن النصوص التى تفرض الشكل تكون عادة متعلقة بالنظام العام .

وتختلف الشكلية عن الشهر Ia publicité فالشهر يستلزم تحرير محرر مكتوب كتابة رسمية أو عرفية حسب ما يشترطه القانون ، أى يستلزم الشكلية ، ولكن الشكلية قد لا تستلزم الشهر . وفى الشكلية المؤثرة لايوجد التصرف إلا إذا تم استيفاؤها ، أما عدم الشهر فلا يصل تأثيره إلى هذا الحد ، لأن التصرف غير المشهر موجود ولكنه لايرتب الأثر المنشود من حيث الملكية مثلا بين المتعاقدين وبالنسبة للغير ، وعلى ذلك يمكن أن يرتب ألتزامات شخصية .

٢٧ - بقى العقد العينى Ie contrat réel وهو عقد لا يكفى لإنعقاده مجرد التراضى ، بل لا ينعقد إلا بتسليم شئ من أحد الطرفين

---

(١) السنهورى : الوجيز - ص ٥٦ بالهامش ، ويل وتريه : فقرة ١٢٤ - ص١٥٣ .

الى الآخر . ويوجد من هذا النوع فى القانون المدنى الفرنسى أربعة عقود هى : عارية الاستعمال وعارية الاستهلاك (القرض) والوديعة والرهن الحيازى . ويوجد من العقود العينية فى القانون المغربى : عقد الوديعة ، وعقد عارية الاستعمال وعقد الرهن الحيازى فى المنقول وفى العقار غير المحفظ (غير المسجل) .

ويذهب رأى فى القانون المغربى الى أن عقد القرض عقد عينى كالقانون الفرنسى ، وذلك استنادا الى الفصل ٨٥٦ من تقنين الالتزامات والعقود المغربى الذى عرف القرض بأنه " عقد بمقتضاه يسلم أحد الطرفين للآخر أشياء " (١) ولكنا نرى أن عقد القرض رضائى فى القانون المغربى ، وسندنا فى ذلك أن الفصل ٨٥٦ يجعل التسليم ألتزاما مترتبا على العقد ، لأنه يتم " بمقتضاه " أى بعد أن يكون قد أنعقد العقد ، فالتسليم ليس ركنا فى العقد وإنما ألتزام مترتب عليه . آية ذلك أنك تجد فى الوديعة نصا على أن التسليم ركن فالفصل ٨٨٧ ينص على أن " تتم الوديعة برضى المتعاقدين وتسليم الشئ المودع " ، وفى عارية الاستعمال ينص الفصل ٨٣٣ على أن " تتم عارية الاستعمال بتراضى الطرفين وتسليم الشئ الى المستعير " وفى رهن المنقول رهنا حيازيا ينص الفصل ١١٨٨ على أن " يتم الرهن الحيازى : أولا : بتراضى طرفيه على إنشاء الرهن . ثانيا : وزيادة على ذلك بتسليم الشئ المرهون .. "ولانجد أطلاقا فى عقد القرض مثل

---

(١) الكزبرى : جـ ١ – فقرة ١٥٤ – ص ١٩٥ .

هذه النصوص . ولما كان الأصل فى العقود الرضائية أما العينية فهى أستثناء ، فان القرض لاشك يكون رضائيا . ومما يقطع بذلك أن الفصل ٨٦٠نصه : " ينقل القرض الى المقترض ملكية الأشياء والقيم المقترضة أبتداء من الوقت الذى يتم فيه العقد بتراضى الطرفين ولو قبل تسليم الأشياء المقترضة " . وواضح أن أنتقال الملكية بمجرد التراضى وقبل التسليم هو من خصائص ومستلزمات العقد الرضائى لا العينى .

أما فى القانون المدنى المصرى فلم تعد هناك عقود عينية ، سوى هبة المنقول فى إحدى صورتيه . ذلك أن عقد الهبة يجب أن يتم بورقة رسمية سواء كان الموهوب عقارا أو منقولا ، ويجوز أن تتم هبة المنقول بدون ورقة رسمية بشرط أن يتم تسليم المنقول الموهوب الى المتهب ، وبدون التسليم لا تنعقد الهبة . والسبب فى هجر التقنين المدنى المصرى لفكرة العقود العينية أنها كما رأينا فى التطور التاريخى كانت وسيلة للتخفيف من حدة الشكليات فى القانون الرومانى ولكن هذه الشكليات قد زالت الآن فلا داعى لبقاء وسيلة التخفيف منها ولذلك أستغنى المشرع المصرى عن فكرة العقود العينية ، إلا فى عقد هبة المنقول حيث جعل بديلها العقد الموثق إذا شاء المتعاقدان هادفا من ذلك الى تنبيه الواهب الى خطورة ما يقدم عليه من تصرف .

وقد يكون العقد رضائيا ، ومع ذلك يجعل منه الأطراف عقدا شكليا أو عقدا عينيا ، فمثلا قد تنص إحدى شركات التأمين على أن

عقد التأمين لا ينعقد إلا بأداء القسط الأول للتأمين ، فيصبح بذلك عقدا عينيا (١) . ولا مانع من ذلك قانونا . ولكن العكس غير جائز ، بمعنى أنه إذا نص القانون على أن يكون عقد معين عقدا عينيا فإن الأفراد لا يستطيعون بأتفاقهم أن يجعلوا منه عقدا رضائيا .

والواقع أن العقد العينى هو فى نفس الوقت عقد شكلى ، لأن الأطراف يضيفون فيه الى التراضى شكلا معينا هو تسليم الشئ (٢) .

التقسيم الثانى

العقد الملزم لجانب واحد والعقد الملزم لجانبين

٧٣ - العقد الملزم لجانب واحد le contrat unilateral عقد يرتب الالتزام فى جانب أحد الطرفين والحق فى جانب الطرف الآخر. فيكون الطرف الملتزم مدينا غير دائن ، والطرف صاحب الحق دائنا غير مدين . ومثاله عقد الهبة (بغير عوض) فالواهب مدين غير دائن ، ومثاله كذلك عقد الوعد بالبيع . والعقد الملزم لجانب واحد يختلف عن التصرف الصادر من جانب واحد كما سبق أن أوضحنا ، فالتصرف من جانب واحد تصرف بإرادة منفردة والعقد الملزم لجانب واحد لا ينعقد بارادة منفردة بل لا بد من ايجاب وقبول ليتكون العقد .

---

(١) أنور سلطان : فقرة ١١ - ص ١٨ .

(٢) السنهورى : الوجيز - ص ٣٧ - هامش رقم ١ ، بلانيول وربير فقرة ٣٣ - ص ٣٥ .

فوصف " الجانب الواحد " إذا أتصل بعقد أعتبر فيه أثر العقد لا تكوينه وإذا أتصل بتصرف قانونى كان المقصود به تكوين التصرف لا أثره (١) .

٧٤- أما العقد الملزم للجانبين le contrat synallagmatique أو العقد التبادلى bilateral فهو يرتب حقوقا وألتزامات فى جانب كل من طرفيه ، فاجتمع فى كل من المتعاقدين صفة الدائن والمدين . ومثاله عقد البيع وعقد الإيجار وعقد العمل وعقد التأمين ففى عقد البيع مثلا، يلتزم البائع بتسليم ونقل ملكية المبيع ويلتزم المشترى بدفع الثمن. وهناك دائما تقابل وأرتباط بين ألتزامات الطرفين فى هذا النوع من العقود . ويمكن تحويل عقد ملزم لجانب واحد ملزم لجانبين بإضافة إلتزام على الدائن كالهبة إذا اشترط فيها عوض يؤديه الموهوب له(٢).

٧٥- وهناك صورة وسط ما بين العقد الملزم لجانب واحد ، والعقد الملزم لجانبين ، هى العقد الملزم لجانبين غير التام أو الناقص contrat synallagmatique imparfait وهو عقد فى الأصل ملزم لجانب واحد ولكن الطرف غير الملتزم ينشأ على عاتقه إلتزام لم يرتبه العقد أصلا ، كالوديعة غير المأجورة لا يلتزم فيها المودع بشئ طبقا للعقد ، ولكنه يلتزم بتعويض المودع عنده عن ضرر سببه له الشئ

---

(١) السنهورى : الوجيز – ص ٣٧ – هامش ١ ، بلانيول وريبير : فقرة ٣٣ – ص ٣٥ ، أنور سلطان : فقرة ٣٥٣ – ص ٢٨٠ .

(٢) السنهورى : الوجيز – ص ٣٩ – هامش رقم ١ .

المودع أو برد المصروفات الضرورية التى أنفقها على الشئ ، وبهذا الالتزام يصبح الطرفان ملتزمين ، ولكن ألتزام أحدهما وهو المودع لم ينشأ من العقد ، بل من المسئولية التقصيرية عن التعويض فى حالة الضرر ، أو من الاثراء بلا سبب فى حالة المصروفات ، ولذلك أعتبر عقدا تبادليا ناقصا . وهذا النوع يرجع الى عهد القانون الرومانى حيث كانت هناك عقود حسن النية وعقود التنفيذ الحرفى ، فكان هذا النوع يلحق بالعقود الملزمة للجانبين التى يمكن فيها اشتراط حسن النية فى التنفيذ .

ولكن هذه التفرقة قد زالت الآن ، وأصبح حسن النية واجبا فى تنفيذ كل العقود ، وليس هناك مبرر لأعتبار هذا العقد الملزم لجانب واحد عقدا تبادليا ناقصا (١) .

٧٦ – ورغم بساطة تعريف العقد الملزم للجانبين والملزم لجانب واحد إلا أنه يصعب فى بعض الأحيان تطبيقه ، فيثير خلافات بين الفقهاء وسنعرض هنا لبعض هذه الخلافات :

١– فى التقنين المصرى القديم كانت عقود القرض والعارية ورهن الحيازة عقودا عينية ، وكانت تعتبر فى نظر بعض الفقهاء

---

(١) بلانيول وريبير : فقرة ٣٥ – ص ٣٦ ، السنهورى : الوجيز – ص ٣٩ – هامش رقم ١ .

.عقودا ملزمة لجانب واحد ، لأن المقرض والمعير والراهن لايلتزمون بشئ إذ كان التسليم ركنا فى العقد لا ألتزاما مترتبا عليه (أما فى التقنين المدنى المصرى الحالى فقد صارت عقودا رضائية ولذلك أعتبرها الفقهاء عقودا ملزمة للجانبين) . ولكن البعض الآخر من الفقهاء قد رأوا هذه العقود حتى وهى عقود عينية (كما فى القانونين الفرنسى والمغربى) هى عقود ملزمة للجانبين ، لأن كلا من المقرض والمعير يلتزم بعدم مطالبة المقترض أو المستعير إلا فى نهاية المدة المتفق عليها ، وكذلك الراهن لا يسترد الشئ المرهون إلا بعد سداد الدين . فهناك ألتزام بإمتناع عن عمل على عاتق كل من هؤلاء ، ولذلك كانت عقودا ملزمة للجانبين (١) .

٢- يذهب رأى فى القانون المغربى الى أن عقد الوديعة غير المأجورة يعتبر ملزما لجانب واحد ، حتى فى حالة إذا ما ترتب على عاتق المودع ألتزام بتعويض المودع عنده عن أضرار سببها له الشئ المودع أو ألتزام بأداء المصروفات الضرورية التى أنفقها فى حفظ الشئ المودع لأن الألتزام بهذه الأمور ناشئ من نص فى القانون هو الفصل ٨١٤ من تقنين الألتزامات والعقود ، فالمصدر المباشر هنا هو القانون لا عقد الوديعة بلا أجر ، ولذلك يبقى هذا العقد عقدا غير تبادلى ملزم لجانب واحد (٢) . ويذهب رأى أخر الى عكس ذلك فيرى أن

---

(١) السنهورى : الوجيز - ص ٣٨ - هامش رقم ١ ، وأنظر عكس هذا الرأى عند كاربونييه - فقرة ٧ - ٠ .

(٢) مأمون الكزبرى - جـ ١ - فقرة ١٨ - ص ٣٤ والهامش رقم ١ ثم الفقرة ٤١٢ - ص ٥١٩ .

هذه الألتزامات ألتزامات تعاقدية يرتبها العقد ، ولذلك يكون هذا العقد عقدا ملزما للجانبين ، ومن أمثلة ذلك المادة ٧٢٥ مدنـى مصـرى التـى تلزم المودع برد مصروفات الحفظ والصيانة ، فإن الألتزام هنا منشـؤه عقد الوديعة أما إذا لم يوجد مثل هذا النص كما هو الحـال بالنسبة الـى المصروفات النافعة والكمالية فـى عقد الوديعـة ، حيث لا يوجد نـص يلزم المودع بها ، فإن المودع عنده يرجع عليه بها طبقا للقواعد العامـة لأن الألتزام بها من فعل الانفاق (١) . ونحن نؤيد الرأى الثانى ونعتـبر الألتزام بالمصروفات وبالتعويض فـى عقد الوديعـة التزامـا ناشـئا عـن العقد ، ولو ان العقد لم ينص عليه وانما جاء النص عليه فـى القـانون . فنص القانون فى الحقيقة مصدر غير مباشر لالتزامـات المـودع وليس مصدرا مباشرا كما يذهب الراى الأول . فـالنصوص التـى ينظـم بهـا المشرع أحكام عقد من العقود هى فـى مجملهـا نصـوص مكملـة لارادة المتعاقدين ، حتى إذا اغفلـوا مسـألة كـان حكمهـا جـاهزا فـى القـانون ، فالمشرع يفترض أن تلك هى ارادة المتعاقدين الضمنيـة . أمـا اذا اتفـق المتعـاقدون علـى غير هـذا الحكم بنـص صريـح فـى العقد فـإن هـذه الارادة الصريحة هى التى يعمل بها . والارادة صريحة كانت اوضمنية

---

(١) السنهورى : الوسـيط جـ ٧ المجلـد الأول ص ٧٤٥ ويذهـب الفقـه الفرنسى الى أن الرجـوع بالمصروفـات يكون بدعوى الاثـراء بـلا سـبب بمطالبـة مـالك الشئ بتعويض يوازى ما أبعده من نقص فى الشئ أو ما زاد فى تلك القيمـة إذا كانت تلك الزيادة قائمة وقت رده أنظـر : أوبـرى ورو – جـ ٦ – فقـرة ٦٠٤ ص ١٨٠ هـامش رقـم ١ ، بلانيول وريبير وسـافاتييه جـ ١١ رقـم ٢ – الطبعـة الثانية فقرة ١١٨٤ – ص ٥٢٣ .

هى منشأ الالتزام التعاقدى وهى مصدره المباشر دائما أما الحالات التى يرتب فيها القانون التزاما ، ويكون فعلا هو مصدره المباشر ، فذلك يكون فى مجال النصوص الآمرة كالالتزام بتأدية الضرائب أو بمراعاة قيود معينة ازاء المبانى المجاورة ، أو الالتزام بنفقة الزوجة والأولاد . فالقانون هو المصدر المباشر لهذه الالتزامات لأنها ليست لها صفة عقدية ، ولا يجوز لارادة الاطراف أن تشذ عنها . ومما يزيد فى توضيح الفوارق بين النوعين ، أن الالتزام الذى ينشأ مباشرة عن القانون لا تشترط فيه الاهلية ، فالصبى غير المميز يلتزم بالضرائب فى أمواله . أما الالتزام الناشىء من العقد فتشترط الاهلية فيمن يلتزم به (١) .

٧٧ – اهمية التقسيم : ولتقسيم العقود إلى ملزمة لجانب واحد وملزمة للجانبين أهمية كبيرة . فوجود التزامات متقابلة ومرتبطة فى العقد الملزم للجانبين دون العقد الملزم لجانب واحد يرتب نتائج فى غاية الأهمية :

---

(١) وتطبيقا لذلك إذا كان المودع عند ابرام عقد الوديعة عديم الاهلية فان العقد يكون باطل بطلانا مطلقا ، فاذا نشأ الالتزام بالتعويض أو بالمصروفات بعد بلوغه سن الرشد كان ايضا باطلا كالتزام عقدى لأن العقد نفسه باطل ، وذلك يؤكد أن هذا الالتزام ناشىء عن العقد أما إذا كان المودع رشيدا عند ابرام عقد الوديعة ولكن عند نشوء الالتزام بالتعويض او بالمصروفات كان عديم الاهلية بسبب الجنون مثلا ، فإنه يلتزم بالتعويض أو بالمصروفات لأنها التزامات ترجع الى العقد وهى ناشئة عنه ، والعقد كان صحيحا منذ ابرامه .

١ – فـى العقـد التبـادلى اذا اسـتحال تنفيـذ الـتزام المتعـاقد لسـبب أجنبى لا يدله فيه ، ينفسـخ العقـد ، فـإذا كـان العقـد بيعـا وهلـك الشـىء المبيع قبل انتقـال الملكيـة الـى المشـترى ، انفسـخ البيـع ويتحمـل البـائع تبعـة الهـلاك ، ولا يلـتزم المشـترى بـالثمن . أمـا إذا كـان العقـد ملزمـا لجانب واحد ، كالوديعة غير المأجورة فإن استحالة تنفيذ التزام المـودع عنده برد الشىء لهلاكه بسبب أجنبى يترتب عليه انقضـاء التزامه بـالرد ويتحمل تبعة الهلاك الدائن بهذا الالتزام ، لأنه ليس هناك الـتزام مقـابل فى ذمته ، يتحلل منه (١) . فاستحالة التنفيذ لسـبب أجنبـى يتحملهـا فـى العقد الملزم للجانبين المدين res perit debitori وفـى العقـد المـلزم لجانب واحد الدائن (٢) res perit creditori .

٢ – يعتبر التزام كل مـن المتعـاقدين فـى العقـد المـلزم للجـانبين سببا لالتزام المتعاقد الآخر طبقا للنظرية التقليدية . أما الـتزام الجـانب الملتزم فى العقد الملزم لجانب واحد فليس له مقابل لدى الطرف الآخـر يعتبر سببا له (٣) .

٣ – إذا امتنع أحد المتعاقدين فى العقد الملزم للجانبين عن تنفيـذ التزامه كان للطرف الآخر أن يمتنع هو بدوره عن تنفيذ التزامه ، وهذا

(١) السنهورى : الوجيز : فقرة ٣٦ –ص ٣٦ . الكزبرى : فقرة ٢٠ – ص ٣٦ – ص ٣٧ .
(٢) سليمان مرقس : فقرة ٣٨ – ص ٤٤ .
(٣) سليمان مرقس : فقرة ٣٨ – ص ٤٢ – ٤٣ .

هو ما يسمى بالدفع بعدم تنفيذ العقد l'exceptio non adimpleti contractus وبذلك يوقف تنفيذ التزامه إلى أن ينفذ الطرف الممتنع التزامه – وإذا طالبه بالتنفيذ دفع بعدم التنفيذ لارتباط الالتزامين . وله أيضا أن يطلب فسخ العقد ويتخلص من تنفيذ التزامه . أما إذا كان العقد ملزما لجانب واحد فلا محل للدفع بعدم التنفيذ ، لأنه لا يوجد التزام على الدائن يمكن أن يمتنع عن تنفيذه ، ولا محل كذلك للفسخ لأن الغرض من الفسخ هو أن يتخلص الدائن من تنفيذه بدوره ، ولما لم يكن عليه التزام يتخلص منه فلا مصلحة له فى طلب الفسخ وإنما مصلحته فى أن يطالب المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به (١) .

التقسيم الثالث
عقد المعاوضة وعقد التبرع

تنقسم العقود من حيث غرض المتعاقدين الى عقود معاوضة وعقود تبرع .

٧٨ – فعقد المعاوضة Contrat à titre onereux عقد يأخذ فيه كل متعاقد مقابلا لما يعطى فكل منهما يعطى ليأخذ ففى عقد البيع يقدم البائع الشىء المبيع مقابل حصوله على الثمن ، وكذلك المشترى يدفع الثمن ليحصل على المبيع ، وقل مثل ذلك عن الايجار والتأمين

(١) السنهورى: الوجيز – فقرة ٣٦ – ص٣٨، مرقس: فقرة ٣٨ – ص٤٣.

والوديعة المأجورة وغيرها . والأصل أن المقابل يقدمه الطرف الآخر فى العقد ، وبذلك يكون عقد المعاوضة فى هذه الحالة عقدا ملزما للجانبين فى نفس الوقت . ولكن يمكن كذلك ان يقدم المقابل فى عقد المعاوضة من شخص أجنبى عن العقد ، كما فى عقد الكفالة مثلا ، فهو عقد بين الكفيل والدائن ، وليس المدين المكفول من أطرافه ، ففى هذا العقد يحصل الدائن على الكفالة لأنه أقرض المدين فالعقد معاوضة بالنسبة إليه ، أما الكفيل فقد يكفل المدين لدى الدائن لأنه حصل من المدين على أجر عن هذه الكفالة ، فيكون العقد معاوضة بالنسبة إليه كذلك ، ولكنه ليس عقدا ملزما للجانبين لأن الدائن لم يلتزم بأجر الكفيل ، وإنما التزم به أجنبى عن العقد هو المدين المكفول ، فالعقد معاوضة بالنسبة لطرفيه ولكنه فى الوقت ذاته عقد ملزم لجانب واحد هو الكفيل . وهكذا يتضح لنا أن عقد المعاوضة قد يكون ملزما للجانبين وقد يكون ملزما لجانب واحد . واذا قدم الكفيل كفالته متبرعا فلا يحصل على أجر وبذلك يكون العقد تبرعا بالنسبة إليه ، وهكذا يبدو لنا أن العقد قد يكون بالنسبة إلى احد طرفيه معاوضة وبالنسبة للأخر تبرعا (١) .

٧٩ – وعقد التبرع Contrat à titre gratuit يقدم فيه احد الطرفين الاداء la prestation ولا يحصل على مقابل له . ومثاله : عقد الهبة، وعقد عارية الاستعمال وعقد القرض بلا فائدة وعقد الوديعة

---

(١) السنهورى : الوجيز – الفقرتان ٣٧ و ٣٨ – ص ٤٠ .

غير المأجورة وعقد الوكالة بلا أجر . ومن العقود الملزمة للجانبين ، ما هى عقود معاوضة كالإيجار ومنها ما هى عقود تبرع كالعارية (إذا كانت عقدا رضائيا كما فى التشريع المصرى) ومن العقود الملزمة لجانب واحد ما هى عقود معاوضة كالكفالة المأجورة ومنها ما هى عقود تبرع كالوديعة غير المأجورة (١) .

٨٠ – وعقود التبرع تنقسم إلى فئتين : هبات aetes de liberalités وفيها يخرج المتبرع عن ملكية مال ، كالهبة ، وعقود التفضل actes de bienfaisnce وفيها يؤدى المتبرع خدمة او عملا او يقدم شيئا يستفيد به الطرف الآخر دون أن يخرج عن ملكيته لهذا الشيء . ومثالها الوديعة غير المأجورة والقرض بلا فائدة وعارية الاستعمال (٢) .

٨١ – وتظهر أهمية تقسيم العقود الى معاوضات وتبرعات فى مسائل عديدة منها :

---

(١) السنهورى : الوجيز – الفقرتان ٣٧ و ٣٨ – ص ٤٠ .

(٢) السنهورى : الوجيز – ص ٤٠ هامش رقم ٢ ، كاربونييه : فقرة ٨ – ص ٣٢ . وأنظر ويل وتريه : فقرة ٣٨ – ص ٣٩ – ص ٤٠ – حيث تجد عكس هذه التسميات فهما يطلقان على عقود التبرع contrats de bienfaisance ويقسمانها الى عقود مجانية contrats à titre gratuits ويضربان المثل عليها بالهبة بين الاحياء وبالمؤسسة التعاقدية l'institution contractuelle (أى الاتفاق على ان يمنح شخص آخر أمواله أو بعضها بعد وفاته) وعقود خدمات مجانية Contrats de services gratuits ويضربان لها مثلا بالوديعة والوكالة والكفالة والقرض بلا فائدة .

١ - أن التبرعات تقوم دائما على نية التبرع L'animus donandi وهذه النية هى التى تجعل من التبرع عقدا ، إذ لولاها لواجهنا إثراء بلا سبب أو غبنا (١) وبطبيعة الحال لا توجد هذه النية فى المعاوضات .

٢ - التبرعات تقوم على الاعتبار الشخصى intuitu personae وعلى ذلك فإن الغلط فى شخص الطرف الآخر يؤثر فى العقد . ويمكن ان يكون للاعتبار الشخصى أثر بالنسبة إلى الخلف العام لهذا الطرف . أما فى المعاوضات فقلما يكون للاعتبار الشخصى أهمية ، ومن الأمثلة القليلة عقد الشركة وعقد المزارعة وعقد العمل (٢) .

٣ - المسئولية والضمان فى عقود التبرع أخف منها فى عقود المعاوضة فالمودع عنده المتبرع مسئوليته أخف من مسئولية المستأجر . وفى عقد الهبة فى القانون المصرى مثلا لا يضمن الواهب استحقاق الشىء الموهوب ولا يضمن العيب إلا إذا كان قد اخفى سببه أو قصد ضمانه أو كانت الهبة بعوض . أما فى عقود المعاوضة فيتسع نطاق ضمان الاستحقاق والعيب (٣) .

---

(١) كاربونيية : فقرة ٨ - ص ٣٢ .
(٢) ويل وتريه : فقرة ٣٩ - ص ٤١ ، السنهورى : الوجيز : فقرة ٣٩ - ص ٤١ .
(٣) السنهورى : فقرة ٣٩ - ٤١ ، ويل وتريه : فقرة ٣٩ - ص ٤١ .

٤ – مسئولية المتبرع له فى عقود التبرع تكون أشد من مسئولية المعاوض عادة . فالمستعير مثلا تكون مسئوليته أشد من مسئولية المستأجر (١) .

٥ – شروط الطعن بدعوى عدم نفاذ التصرف (الدعوى البوليصية) l'action paulienne تكون أيسر وأسهل فى التبرعات عنها فى المعاوضات .

٦ – يلاحظ أن القوانين المالية تفرض على انتقال الملكية فى التبرعات رسوما أكبر من التصرفات التى تتم معاوضة ، وهذا يجعل الصورية أكثر انتشارا فى التبرعات (٢) .

٧ – عامة المعاملات التجارية من قبيل المعاوضات لأنها هى التى تتفق مع طبيعتها (٣) . أما التبرعات فلا نجدها فى المعاملات التجارية إلا فى حالات نادرة منها المنافسة والدعاية والاعلان عن سلعة أو خدمة .

---

(١) السنهورى : فقرة ٣٩ – ٤١ ، ويل وتريه : فقرة ٣٩ – ص ٤١ .
(٢) ويل وتريه : فقرة ٣٠ – ص ٤١ .
(٣) ويل وتريه : فقرة ٣٩ – ص ٤١ – ص ٤٢ .

التقسيم الرابع
العقد المحدد والعقد الاحتمالى

٨٢ – العقد المحدد le contrat commutatif عقد يعرف فيه كل من طرفيه عند التعاقد مقدار ما يأخذ أو مقدار ما يعطى . ولا يلزم فيه أن يكون مقدار الاداءين متكافئا بل يكفى أن يكون محددا ، كذلك يعتبر العقد محددا ولو كان أحد الاداءين أو كلاهما مؤجلا .

٨٣ – أما العقد الاحتمالى le contrat aléatoire فلا يتبين فيه كل من طرفيه وقت انعقاده مقدار ما أخذ أو مقدار ما أعطى .

فعقد البيع إذا ورد على شيء محدد وكان الثمن محددا كان عقدا محددا . أما إذا كان الثمن فيه ايرادا مرتبا مدى الحياة rente viagère كان عقدا احتماليا لأن المشترى لا يعرف وقت العقد كم يعيش البائع وكم سيدفع له أقساطا لهذا الايراد المرتب . وعقد التأمين عقد احتمالى بالنسبة إلى المستأمن أما بالنسبة إلى المؤمن فإن رأيا قد ذهب إلى أنه لا يعد عقدا احتماليا وإنما يعد عقدا محددا لأن عملية التأمين بالنسبة له تقوم على احصائيات وحسابات تؤمنه من كل خسارة وتجعل عملياته فى مجموعها تحقق ربحا له . ولكن يرد على ذلك بأن عمليات التأمين وان كانت فى مجموعها مربحة ، إلا أن هذا لا ينفى أن كل عقد من عقود التأمين على حدة لابد وأن تكون نتيجته إما الربح وإما الخسارة ، وهذا هو عنصر الاحتمال l'alea فى العقد . فعقد

التأمين دائما عقد احتمالى بالنسبة إلى طرفيه وبصفة عامة لا يتصور أن يكون عقد المعاوضة احتماليا بالنسبة لأحد الطرفين دون الآخر فالاحتمال اعتبار يمس طرفى العقد كليهما (١) .

كذلك تعتبر من العقود الاحتمالية عقود بيع الزرع قبل نضجه بثمن اجمالى أو ثمن جزافى ، أما إذا كان الثمن محددا على أساس سعر معين لكل وحدة فإن العقد يكون محددا . ومن العقود الاحتمالية كذلك عقود المقامرة والرهان .

ويعتقد بعض الفقهاء أن هذا التقسيم إلى عقود محددة واحتمالية ، يتعلق بعقود المعاوضة بالذات (٢) . ولكن الصحيح أن عقود التبرع يتصور فيها أن يلعب عنصر الاحتمال دورا . فقد يهب شخص لآخر إيراد مرتبا مدى الحياة ، فيكون التبرع ذا صبغة احتمالية (٣) .

٨٤ – أهمية التقسيم : وتبدو أهمية التقسيم الى عقود محددة وعقود احتمالية فيما يتعلق بالغبن فهو يعمل فى نطاق العقود المحددة بالذات ، أما فى العقود الاحتمالية فالاحتمال يستبعد الغبن l'alea exclut la lésion لأن هذه هى طبيعة العقد (٤) . كذلك تظهر أهمية

(١) ويل وتريه : فقرة ٤٠ – ص ٤٢ – ص ٤٣ وهامش رقم ٢ ص ٤٢
(٢) كاربونيية : فقرة ٨ ص ٣٢ ص ٣٣ ، ويل وتريه : فقرة ٤٠ – ص ٤٢ ص ٤٣ ، مازو : جـ ٢ – فقرة ١٠٥ – ص ٨٤ .
(٣) السنهورى : الوجيز – فقرة ٤٥ – ص ٤٤ .
(٤) كاربونييه : فقرة ٨ – ص ٣٣ ، ويل وتريه : فقرة ٤٠ – ص ٤٣ .

التقسيم فى أن احتمال الكسب والخسارة هو أساس العقد الاحتمالى ، وبدونه يبطل العقد ، فإذا باع شخص منزلا مقابل إيراد يعطى لشخص ثالث طوال حياته ثم تبين ان هذا الشخص قد مات قبل صدور البيع ، بطل العقد (١) .

التقسيم الرابع
العقد المسمى والعقد غير المسمى

٨٥ – العقد المسمى le contrat nommé عقد سماه القانون باسم معين ونظم أحكامه تشريعيا . مثل عقد البيع وعقد الايجار . والعقد غير المسمى le contrat innommé عقد لم ينص المشرع على تنظيم له وإنما هو من صنع الأفراد فى معاملاتهم وقد يكون صورة مستحدثة من التعامل ، وقد يكون مزيجا من عدة عقود معروفة، مثل عقد النزول فى الفندق ، ومثل عقد البحث عن الميراث contrat de revélation de succession حيث يلتزم شخص بأن يسعى ليثبت لآخر ميراثا يستحقه وينفق على هذا العمل نظير جزء من الميراث(٢).

---

(١) السنهورى : فقرة ٤٦ – ص ٤٥ ، وتطبيقا لهذه الفكرة قضى المجلس الأعلى بالمغرب بأن " السبب فى عقد البيع مقابل أداء راتب عمرى هو القرار الناتج عن عدم معرفة طول حياة مستحق ذلك الراتب وبالتالى يكون السبب مفقودا متى كانت حياة ذلك المستحق للراتب العمرى مقضيا عليها بالفناء العاجل عند إبرام العقد بشهادة الأطباء . أنظر هذا الحكم فى مجلة القضاء والقانون – العدد ٢٤– ديسمبر ١٩٥٩ ص٣٢٨. وانظر أيضا : الكزبرى – جـ١ فقرة٢٦ – ص٤٦.

(٢) السنهورى : الوجيز : فقرة ٤١ – ص ٤٢ .

٨٦ – وترجع التفرقة بين العقود المسماه وغير المسماه إلى عهد القانون الرومانى ، حيث كانت العقود المسماة هى العقود التى يعرفها القانون المدنى ويعطى بصدد تنفيذها دعوى تحمل اسم العقد ذاته ، فكانت هذه العقود هى التى تحظى بالتنفيذ الإجبارى أمام القضاء وغيرها لا يتمتع بهذه الميزة . ثم بعد تطور طويل اعترف القانون الرومانى بطائفة العقود غير المسماة وهى فى مفهومه عقود لا تنعقد الا بقيام أحد الطرفين بتنفيذ التزامه (١) .

٨٧ – ولكن التفرقة الحديثة بين العقود المسماة وغير المسماة تختلف عما كان عليه الحال فى القانون الرومانى ، فمن حيث معناها نجده مختلفا كما بينا ، ومن حيث الأثر المترتب على التفرقة لم يعد موجودا ، لأن جميع العقود الان تتمتع بدعوى أمام القضاء سواء كانت مسماة أو غير مسماة ، وتنفيذها جميعا واجب على كل ملتزم فيها بصفة اجبارية .

---

(١) ويل وتريه: ص٤٣ هامش رقم٢، السنهورى: الوجيز: فقرة٤١ ص٤٢ وكانت العقود غير المسماة فى القانون الرومانى أربعة انواع : ١- عقود ينقل فيها أحد الطرفين إلى الآخر حقا عينيا فينشأ فى ذمة هذا الأخير التزام بنقل حق عينى ومثالها المقايضة ٢ – عقود يقوم فيها طرف بنقل حق عينى فيلتزم الآخر بعمل شىء ومثالها الهبة بعوض . ٣ – عقود يقوم فيها طرف بعمل فيلتزم الآخر بعمل ايضا ومثالها تسليم الحيازة لشخص فيلتزم المستلم بالرد عند اول طلب .

٤ – عقود يقوم فيها طرف بعمل فيلتزم الآخر بنقل حق عينى ومثالها عقد المحاسبة وفيه يسلم شخص بضاعة لآخر ليقوم الأخير بدفع ثمنها إذا باعها او بردها لصاحبها إذا لم يبعها . انظر السنهورى الوجيز: ص ٤٢ هامش رقم ١ .

والعقود غير المسماة لا حصر لها لأن الارادة من سلطانها ان تنشيء ما تشاء من العقود (١) .

٨٨ - اهمية التقسيم : أما أهمية هذه التفرقة فى القوانين الحديثة فهى ترجع إلى تحديد الأحكام التى تطبق على كل منها . فالعقد المسمى يرجع فى أحكامه إلى التنظيم التشريعى له . فإن لم يرد فيه حكم للمسألة المطروحة بحثنا عن الحكم فى القواعد العامة . أما العقود غير المسماة فيرجع فى شأنها الى القواعد العامة فى الالتزامات .

وتبدو أهمية التفرقة كذلك فى ان الشكلية القانونية مجالها العقود المسماة ، أما العقود غير المسماة فليس متصورا ان يشترط المشرع فيها شكلا ما (٢) .

---

(١) انور سلطان : فقرة ١٦ ص ٢٢ .

(٢) تطبيقا لهذه الفكرة قضت محكمة النقض المصرية بأنه إذا كان العقد مشتملا على التزامات متبادلة إذ يلتزم احد الطرفين أن يملك الآخر (مجلس المديرية) قطعة أرض بشرط ان يقيم فيها مؤسسة خيرية ، فإنه لا يكون عقد تبرع ، كما انه ليس ببيع ولا مقايضة وانما هو عقد غير مسمى ، فلا تجب له الرسمية ، ولا يجوز الرجوع فيه رغم ما ورد فى الاتفاق من الفاظ التنازل والهبة والتبرع ، فقد سيقت لبيان الباعث إلى تمليك المجلس الأرض ، ولا تؤثر على كيان العقد وحقيقته انظر نقض مدنى مصرى : ١٩٤٠/٤/١٠ - مجموعة عمر - جـ ٣ - رقم ٤٩ - ص ١٥٣) .

التقسيم السادس
العقد البسيط والعقد المختلط

٨٩ – العقد البسيط le contrat simple عقدذو مضمون واحد وليس مزيجا ولا خليطا منْ عدة عقود . مثل البيع أو الايجار ويمكن أن يكون العقد البسيط عقدا مسمى أو غير مسمى . أما العقد المختلط Le contrat mixte فهو عقود عديدة اختلطت لتكون عقدا واحدا . ومثالها عقد النزول فى الفندق حيث تختلط فيه أربعة عقود على الاقل : ايجار بالنسبة الى الحجرة التى يشغلها النزيل وبيع بالنسبة الى المأكل والمشرب ، ومقاولة بالنسبة الى الخدمة ، ووديعة بالنسبة الى الامتعة .

٩٠ – وتظهر أهمية هذه التفرقة فى تحديد الاحكام التى نطبقها. فالعقد البسيط لا صعوبة فى تحديد الاحكام التى تطبق عليه ، إذ أنه قد يكون عقدا مسمى يخضع لتنظيم منصوص عليه فى التشريع ، وقد يكون غير مسمى فيستمد أحكامه من القواعد العامة . أما العقد المختلط فتسرى عليه أحكام العقود المختلفة التى تداخلت فى تكوينه إذا كانت عقودا مسماه فاذا تعارضت أحكام هذه العقود تعين ترجيح أحد العقود المتداخلة فيه واعتباره العقد الاساسى واعطائه حكمه (١) .

---

(١) وقد يقع الاختلاف فى الترجيح ، فالقضاء المصرى مثلا بصدد عقد التليفون مع مصلحة التليفونات قد اعتبره مرة عقد عمل وليس عقد ايجار ورفض بناء على ذلك دعوى استرداد الحيازة التى أقامها مشترك قطعت عنه التوصيلة . بينما اتجه فى مرة اخرى الى تغليب عقد الايجار وذلك بصدد تحديد مدة تقادم اشتراك التليفون . انظر : السنهورى الوجيز : فقرة ٤٣ ص ٤٣ – ص ٤٤ وهامش رقم ١ ص ٤٤ .

التقسيم السابع
العقد الفورى والعقد الزمنى

٩١- العقد الفورى التنفيذ contrat à exécution instantané هو العقد الذى تنفذ الاداءات فيه دون توقف على عنصر الزمن . ففى عقد البيع يمكن ان يتم تسليم المبيع ودفع الثمن فور التعاقد كما يمكن أن يتم ذلك فى وقت لاحق يحدده المتعاقد ان أى يكون التنفيذ مؤجلا ولكن ليس مقدار الاداء متوقفا على الزمن بل هو محدد سلفا تحديدا مكانيا . فالعقد الفورى حقيقة مكانية لأنه يقاس بمقياس مكانى . أما العقد الزمنى le contrat successif فهو الذى يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه ، أى يكون الزمن هو المقياس الذى به يقدر الاداء ، فهو حقيقة زمنية لأن المحل فيه يمتد فى الزمان لا فى المكان . ومثاله عقد الايجار ، لا تقدر فيه المنفعة التى يحصل عليها المستأجر الا بوحدات من الزمن . وقل مثل ذلك فى عقد العمل وعقد الوديعة وعقد عارية الاستعمال وعقد التأمين (١) .

٩٢ – وقد يكون العقد أصلا من العقود الفورية ، ولكن الطرفين يتفقان على جعله عقدا زمنيا ، مثل التوريد ، فهو فى تحليله بيوع

(١) ويل وتريه : فقرة ٤٣ ص ٤٥ . ويقترح الدكتور عبدالفتاح عبدالباقى للعقود الفورية تسمية " العقود وحدوية التنفيذ "لأن الفورية تثير اللبس إذ يظن ان اداء الالتزامات يتم فور قيامها . ومع ذلك يرى عدم تغيير الاصطلاح الذى استقر فى الفقه . انظر كتابه صفحة ٧٣ هامش ١ .

متعاقبة وكل بيع منها يمكن اعتباره عقدا فوريا ، ولكن الطرفين قد اتفقا على ان يتم التوريد على مرات عديدة تتكرر بحسب وحدات زمانية فأصبح محل التوريد يقاس بالزمن كالعقود الزمنية . فالعقد الزمنى إذن إما أن يكون زمنيا بطبيعته كالعمل والايجار ، واما ان يكون زمنيا باتفاق الاطراف (١) .

٩٣ – اهمية التقسيم : أهمية هذا التقسيم ترجع إلى تأثير المدة فى العقد الزمنى ، فإن ما تم تنفيذه منه لا يمكن ارجاعه لأن عجلة الزمن لا تعرف التقهقر إلى الوراء ولذلك فإن هذا العقد إذا فسخ انحصر أثر الفسخ فى المستقبل ولا يمتد إلى الماضى . أما فى العقد الفورى فإن أثر الفسخ ينسحب على الماضى . كذلك وقف تنفيذ العقد الزمنى يؤثر فى مقدار الأداء ، بل أن مدة الوقف قد تستنفد الأداء كله فيصير معدوما فينقضى العقد إذا زادت مدة الوقف على مدة العقد او كانت مساوية لها . وأخيرا فإن العقد الزمنى هو المجال الطبيعى لتطبيق نظرية الظروف الطارئة لامتداده الزمنى الذى يحتمل معه تغير الظروف (٢) .

---

(١) السنهورى : الوجيز – فقرة ٤٨ – ص ٤٦ .
(٢) السنهورى : الوجيز : فقرة ٤٩ – ٤٧ .

التقسيم الثامن
العقد الرئيسى والعقد التبعى

٩٤ – العقد الرئيسى أو الاصلى le contrat principal عقد يقوم وحده غير مستند إلى غيره ، فيرتب الحقوق والالتزامات بين الاطراف أما العقد التبعى le contrat accessoire فهو عقد تابع لعقد أصلى ، فلا يقوم مستقلا بل يرتبط بالعقد الاصلى فى بقائه وزواله ، وفى صحته وبطلانه ومثاله عقد الكفالة وعقد الرهن الحيازى ، وعقد الرهن الرسمى فهى عقود تبعية (١) .

التقسيم التاسع
عقود حسن النية والعقود حرفية التنفيذ

les contrats de bonne foi et les contrats de droit strict

٩٥ – ترجع هذه التفرقة إلى عهد القانون الرومانى غير أنها لم تعد ذات أهمية فى العصر الحالى ، لأن جميع العقود يجب أن تنفذ بحسن النية ، وأصبحت التشريعات المدنية تنص الآن على ذلك صراحة (٢) . غير أن الفقهاء يتحفظون عادة بصدد عقد التأمين

---

(١) ويل وتريه : فقرة ٤٥ – ص ٤٦ .

(٢) فى التقنين المدنى الفرنسى المادة ١١٣٤ /٣ والمادة ١١٣٥ ، والمادة ١١٥٦ وما بعدها وفى التقنين المدنى المصرى المادة ١٤٨ . وفى تقنين الالتزامات والعقود المغربى الفصل ٢٣١ .

ويعتبرونه عقدا ذا تنفيذ حرفى (١) خاصة فيما يتعلق بالتزام المستأمن بإعلان الخطر إلى المؤمن .

التقسيم العاشر
عقود المفاوضة وعقود الاذعان والعقود المفروضة

٩٦ – عقود المفاوضة les contrats de libre discussion أو كما تسمى أحيانا les contrats de gré à gré عقود تبرم بين الأفراد بحرية تامة فى مناقشة شروطها، وتتم بعد أن ينتهى التفاوض بين الأطراف إلى تلاقى وجهات نظرهم على أمر معين . غير أن هذه الصورة لم تعد هى الوحيدة ، بل تنتشر على حسابها صورة أخرى يعد فيها احد الطرفين نصوص العقد ، وعلى من يريد ان يتعاقد أما أن ينضم إلى هذا العقد طرفا راضيا بنصوصه كما هى دون مناقشته وأما أن يرفض ذلك فلا يتم عقد ، ولكن نظرا لحاجة الشخص عاده الى موضوع العقد فهو يستسلم ويذعن لارادة الطرف الآخر ، ويكون ذلك العقد معدا عاده بواسطة الطرف الأقوى من الناحية الاقتصادية ويسمى هذا العقد بعقد الاذعان contrat d'adhésion أما العقد المفروض le contrat - type فهو عقد ذو نصوص مفروضة بواسطة الدولة أو بواسطة منظمات مهنية ، بحيث يجب على الطرفين معا فى كل عقد من هذا النوع الامتثال لهذه النصوص الموضوعة مقدما

---

(١) ويل وتريه : فقرة ٤٤ – ص ٤٦ .

وإلا يخرجوا عليها فى اتفاقهم . وهاتان الصورتان الاخيرتان هما من نتائج انتكاس مبدأ سلطان الارادة (١) .

التقسيم الحادى عشر
العقود الفردية والعقود الجماعية

٩٧ - العقود الفردية les contrats individuels عقود تتم بين الأفراد . أما العقود الجماعية les contrats collectifs فهى عقود تتم بين منظمات نقابية فيلتزم الافراد المنتمون إليها بما ورد فى هذه العقود الجماعية ومثالها عقد العمل الجماعى (٢) .

التقسيم الثانى عشر
العقود المدنية والعقود الادارية

ظهرت العقود الادارية فى فرنسا من خلال تطور اختصاص مجلس الدولة الفرنسى فقد كان معيار اختصاصه هو عمل السلطة l'acte d'autorité بمعنى نشاطها باعتبارها ممثلة للسيادة والسلطان فى الدولة . ثم تطور الأمر إلى اخضاع عقود معينة للقضاء الادارى مثل عقد الاشغال العامة . ثم توسع مجلس الدولة وجعل العقود تشمل كل تسيير أو تنظيم لمرفق عام قومى أو محلى .

---

(١) ويل وتريه : فقرة ٤٧ - ص ٤٧ ، مازو : جـ ٢ - ص ٧٢ .
(٢) ويل وتريه : فقرة ٤٨ - ص ٤٨ .

أما فى مصر فقد اخضع قانون عام ١٩٤٩ لاختصاص مجلس الدولة المصرى عقد الالتزام وعقد الاشغال العامة وعقد التوريد ولم يكن الاختصاص بها قاصرا عليه بل كان يشاركه فيه القضاء العادى . ثم صدرت قوانين لمجلس الدولة عام ١٩٥٥ وعام ١٩٧٢ قصرت الاختصاص بأى عقد ادارى على مجلس الدولة وما سوى هذه العقود يعتبر من قبيل العقود المدنية والتجارية .

والفرق بين العقود المدنية والعقود الادارية يظهر فى أن مجلس الدولة لا يتقيد أساسا بقواعد القانون المدنى وانما يغلب المصلحة العامة فى العقود الادارية ، ولذلك قيل أن المجلس ذو نزعة بريتورية تشبيها له بالبريتور الرومانى . ومن الامثلة على ذلك ان القاضى الادارى ليست له رخصة فى تخفيض مقدار الشرط الجزائى فى العقود الادارية عند مخالفة المتعاقد لالتزامه (المادة ٢٢٤ مدنى) ، ولا يشترط فى هذه العقود حصول ضرر لجهة الادارة لأعمال الشرط الجزائى . كذلك لا يجوز للمتعاقد مع الادارة ان يدفع بعدم التنفيذ إذا لم تنفذ الادارة التزامها (١) .

ويلاحظ ان الحكومة او الادارة تبرم مع الدول الاخرى اتفاقيات أو معاهدات هى موضوع دراسات القانون الدولى العام ، وان كانت احكام القانون المدنى تفرض نفسها عليها احيانا .

---

(١) د . عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ٣٦ ص ٧٦ – ٨٠ .

الباب الثانى

تكوين التصرف القانونى وعيوبه

٩٨ - يلزم لكل تصرف قانونى ـ عقدا كان أو إرادة منفـردة ـــ توافر أركان أربعة هى :

١ - الرضى
٢ - الأهلية
٣ - المحل
٤ - السبب

ويدمج البعض الاهلية فـى الـتراضى باعتبارهـا تتعلـق بـالإرادة واكتمال إدراكها وبذلك يجعلون أركان العقد ثلاثة فقط .

ونحـن نتنـاول فيمـا يلـى هذه الاركـان مخصصيـن فصـلا لكـل منهـا ، وننـوه بأنـه بالنسـبة إلـى العقـود الشـكلية والعينيـة يـلزم توافـر الشكل أو التسليم ويعتبر كل منهما ركنا فى العقـد علـى التفصيـل الـذى أسلفناه .

وبذلك ينقسم هذا الباب إلى الفصول التالية :

الفصل الاول : الرضى .

الفصل الثانى : عيوب الإرادة .

الفصل الثالث : الأهلية .

الفصل الرابع : المحل .

الفصل الخامس : السبب .

الفصل السادس : جزاء أركان التصرف .

الفصل الأول
الرضا

٩٩ - يقصد بالرضا Le concentement إظهار إرادة التصرف أو الموافقة عليه فإذا كان التصرف بإرادة منفردة تم بإظهار هذه الإرادة ، كما فى الوعد بجائزة يتم بالإعلان عن الجائزه بإحدى وسائل العلانية . وإذا كان التصرف عقدا فإنه يتم بتبادل الطرفين إيجابا وقبولا متوافقين . وكل من الإيجاب والقبول تعبير عن إرادة صاحبه فى إبرام العقد . وكل من هاتين الإرادتين يجب أن تتجه إلى أحداث أثر قانونى ، فإذا لم تتجه إلى ذلك لم يكن هناك عقد ، فالمجاملات بين الاصدقاء والاقارب ، والتطوع بتقديم الخدمات بلا مقابل أمور لا تتم عن اتجاه النية إلىاحداث آثار قانونية ، فلا تعتبر عقودا ، كذلك من كان هازلا أو مازحا فيما يلقى به من تعبيرات لا يرتب القانون على أقواله أثرا كالبائع الذى يقول للمشترى " خذه بدون مقابل " (١) ، وكذا أبداء إراده صورية أو إراده معلقة على مشيئة صاحبها نفسه ، أو إراده مقترنه بتحفظات ذهنية reserves mentales لم يعلن عنها للطرف الآخر .

وإذا كان القانون لا يرتب أثرا على الإرادة الملتوية كما تقدم ، فمن باب أولى لا يرتب أثرا على الإرادة المعدومة ، كارادة الطفل غير

---

(١) عبدالفتاح عبدالباقى : فقرة ٤٣ ص ٩١ .

المميز والمجنون والمريض مرضا يقعد به عن ابرام أى عقد ومن كان واقعا تحت تأثير تنويم مغناطيسى او سكر ففقد الوعى .

١٠٠- والإرادة أمر نفسى (١) ، لا سبيل إلى العلم به وتحديده إلا من خلال تعبير عنها او قول ينم عنها (٢) . ومما لا شك فيه أن الاصل فى ابرام العقود هو تبادل الكلمات بين الطرفين ، ويعتبر هذا تعبيرا صريحا عن الإرادة ، كذلك يعتبر تعبيرا صريحا الكتابة ، والاشارة المتداولة عرفا ، مثل هز الرأس رأسيا دليلا على الموافقه

---

(١) كان علماء النفس يقسمون المراحل التى تمر بها الإرادة حتى تخرج إلى الوجود إلى أربع : الأولى مرحلة الادراك conception أى اتجاه الفكر إلى موضوع العقد ، والثانية مرحلة التدبر La déliberation ويقصد بها امعان النظر فيه والثالثة مرحلة القرار La décision أى التصميم على وضع معين فيه ، وهذه هى الإرادة بعد أن تبلورت واكتملت ، والرابعة هى التعبير déclaration أى إعلان الإرادة فى مظهر خارجى يدل عليها . ولكن من الصعب القول بأن هذه المراحل تكون متميزة فى النفس بهذا الترتيب وهذا الوضوح . ولذلك لا توافق النظريات الحديثة فى علم النفس على هذا التحليل . أنظر : السنهورى : الوجيز ص ٥٠ هامش رقم ١ ، كاربونييه : فقرة ١٦ ــ ص ٥٠ ؛ انور سلطان : فقرة ٥٠ ص ٥٥ .

(٢) القول قد يكون بكلمات تخرج من الشفاه أو تكتب بالقلم ، وقد يكون باشارات أو أعمال تدل على المقصود وتغنى عن اللفظ أو الكلمة . وقد عبر عن هذا المعنى ابن مالك فى الفيته فى النحو والصرف مفرقا بين الكلام والقول بقوله :

كلامنا لفظ مفيد كاستقم .. واسم وفعل ثم حرف الكلم

واحده كلمة والقول عم .. وكلمة بها كلام قد يؤم

أى واحد الكلام كلمة والقول أعم من الكلام لأنه يشمل الاشاره والفعل ولا يكون باللسان فقط كالكلام .

او هزها افقيا او هز الكتفين دليلا على الرفض . وتعتبر اشارات الآخرس بالموافقه أو الرفض تعبيرا صريحا عن إرادته . كذلك يعتبر من قبيل التعبير الصريح إتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على المقصود . فمن يضع آلة توضع فيها النقود فتخرج سلعة أو تؤدى الآلة خدمة يعتبر فى موقف تعبير عن الإرادة لا تدع ظروف الحال شكا فى الدلالة على كونه إيجابا .

١٠١ – وكما يعبر المتعاقد عن ارادته بالتعبير الصريح يمكن أن يكون تعبيره ضمنيا ، وهو تعبير ليس فى ذاته دالا على الإرادة ولا مخصصا لإظهارها . وإنما تدل ظروف الحال على الإرادة الكامنة خلفه بحيث يتعذر الأخذ به دون افتراض وجود الإراده . فإذا عرض شخص على آخر أن يشترى منه شيئا ، فاخذ هذا الأخير الشيء وتصرف فيه إلى الغير ، فإن هذا التصرف لا يمكن الاعتداد به إلا إذا افترضنا أنه قبل العقد الأول (١) . وكذا المستأجر الذى يبقى فى العين المؤجرة بعد انتهاء المدة ؛ والمؤجر الذى يقبض أجرة الشهر التالى لانتهاء المده ، إذ يتجدد العقد هنا ضمنيا (٢) .

وكل من التعبير الصريح والتعبير الضمنى يصلح ايجابا أو قبولا للتعاقد . وقد يتفق الطرفان أو يقضى القانون بأن يكون التعبير

---

(١) جمال زكى : فقرة ٣٧ ــ ص ٦٢ ــ ٦٣ .
(٢) اسماعيل غانم : فقرة ٤٩ ــ ص ٨١ .

صريحا فلا يصلح عندئذ التعبير الضمنى (١) فالعقد الشكلى مثلا لا يتصور أن ينعقد بقبول ضمنى ، بل يجب أن يكون الإيجاب والقبول فيه بتعبير صريح .

وفى هذا المعنى تقول المذكرة الايضاحية للقانون المدنى المصرى : " قد يكون التعبير الضمنى بحسب الاحوال ايجابا أو قبولا .. " (٢) .

---

(١) هذه المبادىء وردت فى التقنينات المدنية العربية . فالمادة ٩٠ مدنى مصرى تنص على أن : ١ - " التعبير عن الإراده يكون باللفظ والكتابة وبالاشاره المتداولة عرفا ، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود ٢ - ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا ، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا " وتطابق هذا النص المادة ٩٣ مدنى سورى والمادة ٩٠ مدنى ليبى ، وتوافقه المادتان ٧٧ و٧٩ مدنى عراقى ، كذلك فإن نص المادة ١٧٩ موجبات لبنانى مقارب له والمادتان ٣٤ ، ٣٥ مدنى كويتى والمادة ٦٠ مدنى جزائرى موافقه والمادة ٩٣ مدنى اردنى موافقة والمادة ١٤٧ مدنى يمنى موافقه . أما تقنين الإلتزامات والعقود المغربى فهو لم يأت بنصوص صريحة مماثلة ، ولكنه يقر هذه المبادىء بدليل أنه قد أتى بتطبيقات لها مثل الفصل ٢٥ : " عندما يكون الرد بالقبول غير مطلوب من الموجب ، أو عندما لا يقتضيه العرف التجارى فإن العقد يتم بمجرد شروع الطرف الآخر فى تنفيذه ، ويكون السكوت عن الرد بمثابة القبول إذا تعلق الإيجاب بمعاملات سابقة بدأت فعلا بين الطرفين"، ومثل الفصل ٢٣ : " يعتبر الرد مطابقا للإيجاب إذا اكتفى المجيب بقوله قبلت أو نفذ العقد بدون تحفظ " . وتنفيذ العقد دون تحفظ لا يكون إلا قبولا ضمنيا ، وهو ما يقابل التعبير الصريح عن الإرادة .

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية : جـ ٢ ص ٥٧ .

١٠٢ - ويثير السكوت عن الرد التساؤل حول ما إذا كان يصلح تعبيرا عن الإرادة بالموافقه أو بالرفض . ونبدأ بأن نستبعد السكوت من مجال الايجاب فهو لا يصلح إيجابا (١) . بقى القبول : هل يصلح السكوت دلالة عليه ؟ لهذه المسألة أهمية كبيرة ، فإذا أرسل بنك إلى عميله خطابا يخبره فيه بأن الاكتتاب فى أسهم شركة تحت التأسيس يتم لديه ، وأنه قد حجز له قدرا من هذه الأسهم باسمه وخصم قيمتها من حسابه وان عدم رده يعتبر موافقه على الاكتتاب ، فإن سكوت العميل إذا اعتبر قبولا يلزمه بعقد الاكتتاب ، وإذا اعتبر رفضا فلا يلتزم إلا إذا صدر منه ما يدل على ذلك . وخلافا للحكمة الفرنسية القائلةqui ne dit mot consent يرى فقهاء الشريعة الإسلامية أنه لا ينسب لساكت قول : فالسكوت دلالته على الرفض أرجح من دلالته على القبول . فالأصل إذن أن نعتبر السكوت رفضا لا قبولا للتعاقد . ولكن قد تدل ظروف الحال على أن الموجب لم يكن ينتظر ردا بالقبول لأن العرف يجرى على ذلك لأن العقد يتمحض لمصلحة الطرف الآخر ، فلا ينتظر منه إلا أن يوافق ، أو لأن التعامل السابق بين الطرفين يجرى على قبول التعاقد سكوتا ، وأنه عندما يريد الطرف الآخر أن يرفض فعندئذ فقط يبدى اعتراضه، ففى هذه الحالات يعتبر السكوت

---

(١) جاء بالمذكرة الايضاحية أنه " ينبغى التفريق بين التعبير الضمنى عن الإرادة وبين مجرد السكوت . فالتعبير الضمنى وضع ايجابى أما السكوت فهو وضع سلبى وقد يكون التعبير الضمنى ايجابا أو قبولا اما السكوت فمن الممتنع على وجه الاطلاق ان يتضمن إيجابا وإنما يجوز فى بعض فروض استثنائيه ان يعتبر قبولا " الاعمال : جـ ٢ ـ ص ٥٧ .

قبولا . والفرق بينه وبين السكوت الذى يفسر بأنه رفض أن سكوت الرفض سكوت مجرد من أية ظروف ترجح فى شأنه القبول أو الرفض فاعتبرناه رفضا جريا مع القاعده أن الأصل براءه الذمة . أما سكوت القبول فهو السكوت الذى تدل الظروف على أنه قبول ، أو ترجح ذلك فى شأنه ؛ ولذلك يسمى بالسكوت الملابس . وتطبيقا لذلك حكم بأنه إذا أرسل تاجر لشخص دون سابق اتفاق عينة من بضاعة يعرض عليه شراءها فان السكوت عن الرد لا يدل على قبول الشراء ولو كان التاجر قد ذكر أن عدم رد العينة فى مده معينة يدل على القبول (١) . وحكم بأن السكوت لا يعتبر قبولا فى حالة من تلقى من صاحب مجلة بعض أعدادها ويدعوه إلى الاشتراك فيها ويذكر أن عدم رد الاعداد يعتبر قبولا للاشتراك (٢) . فمثل هذا الاسلوب يسبب للناس حرجا ومشقة ولا يمكن أن يوجد واجب قانونى على كل من يتلقى عرضا ان يرد عليه فهذا تكليف بمستحيل .

---

(١) اسماعيل غانم : فقرة ٥٠ ـ ص ٨٣ . ومع ذلك قد يعتبر السكوت رضى فى حالات معينة أستثناء : كالإتفاق على أن عدم الأخطار من أحد الطرفين بانهاء العقد قبل نهاية مدته يعتبر قبولا ضمنيا لتجديد مدته .

(٢) عبدالفتاح عبدالباقى : فقرة ٤٨ ص ٩٩ ـــ ١٠٦ . وقد يرتب القانون أثرا معينا على السكوت فيحمله محمل القبول كما فى حوالة الدين المضمون برهن رسمى عند بيع العقار المرهون بيعا مسجلا (المادة ٢/٣٢٢ مدنى) وفى بيع التجربة (المادة ١/٤٢١ مدنى) أو يحمله محمل الرفض كما فى حوالة الدين عند سكوت الدائن بعد اعلانه بالحواله عن اقرارها خلال أجل معقول (المادة ٣١٦ / ٢ مدنى) ـــ عبدالباقى ص ١٠٦ هامش رقم٢.

١٠٣ – يثير الكلام عن الرضى فى العقد ، عدة مسائل ، هى : مدى مطابقة التعبير للإرادة الحقيقية ، أو ما يعبر عنه بالأخذ بالإرادة الظاهره أو بالإرادة الباطنة ، ثم الإيجاب وقوته الملزمة ، والتعاقد بين الحاضرين والتعاقد بين الغائبين ؛ والتعاقد بطريق المزاد ، والنيابة فى التعاقد والتعاقد بطريق المزاد وبطريق الاذعان . والمراحل التمهيدية فى التعاقد ويدخل فيها العربون والعقد الإبتدائى والوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد .

وعلى ذلك سنقسم هذا الفصل إلى المباحث التالية :

المبحث الأول : الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة .

المبحث الثانى : الإيجاب وقوته الملزمة .

المبحث الثالث : التعاقد بين الحاضرين .

المبحث الرابع : التعاقد بين الغائبين .

المبحث الخامس : النيابة فى التعاقد .

المبحث السادس : التعاقد بطريق المزاد .

المبحث السابع : عقود الإذعان

المبحث الثامن : المراحل التمهيدية للتعاقد .

المبحث الأول
الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة

١٠٤ – الأصل أن يعبر المتعاقد عن إرادته في وضوح تام لا يثير لبسا ، وهنا لا تثور مع وجود هذا التعبير مشكلة ، لأن الإرادة والتعبير متطابقان . أما إذا اختلف التعبير عن الإرادة ، فإننا نواجه مشكلة الاختيار بينهما ، هل نأخذ بالتعبير باعتباره الأمر الظاهر الواضح أمامنا ونترك الإرادة وهى أمر نفسى لا يتسنى لنا الاطلاع عليه ؟ أم نأخذ بالإرادة باعتبارها الأصل ولا نعتد بالتعبير لأنه لم يكن حقيقة مقصود المتعاقد ؟ اختلفت فى هذا الاتجاهات فالمدرسة الفرنسية ذات النزعة اللاتينية تأخذ بالإرادة وتدع التعبير وتسمى هذه نظرية الإرادة الباطنة . والمدرسة الألمانية تأخذ بالتعبير وتدع الإرادة وتسمى نظريتها بنظرية الإرادة الظاهرة . على أن الأمر فى الحقيقة ليس أخذا مطلقا أو تركا مطلقا ، وإنما يتقيد كل اتجاه بضوابط تخفف من حدته ، فيخلص من ذلك تقارب بين المذهبين عملا ، رغم تباعدهما وتنافرهما نظريا (١) .

---

(١) يرى بعض الفقهاء أن الخلاف بين النظريتين يرتبط بالبحث فى أساس القوة الملزمة للعقد : " فما هو أساس التزام المتعاقدين بعقودهم ، هل تستمد القوة اللازمة للعقد من سلطان ذاتى للإرادة أم من القانون ؟ وإذا كان القانون هو الذى يمد العقد بقوته الملزمة ، فهل يرجع ذلك إلى الاعتبارات الخلقية التى توجب الوفاء بالعهد المقطوع ، أم هى اعتبارات اجتماعية قوامها ضرورة تحقيق الاستقرار فى المعاملات وعدم الاخلال بالثقة التى يولدها التعاقد فى النفوس؟ –

١٠٥ – نظرية الإرادة الباطنة La théorie de la volonté interne هذه النظرية تعتبر التعبير عن الإرادة قرينة عليها ، ولكنه قرينة تقبل إثبات العكس بحيث يستطيع المتعاقد الذى صدر عنه تعبير عن إرادته لا يطابقها أن يقيم الدليل على إرادته الحقيقية ، فتأخذ النظرية بها وتترك التعبير . فإذا كان المتعاقد يريد أن يشترى كتابا ، فتناول كتابا غيره شبيها له فى لونه ، فإنه يستطيع أن يعيده ليحصل على الكتاب الذى يريده مادام قد ثبت أنه لا يقصد شراء الكتاب المعاد وان إرادته الحقيقية قد انصرفت إلى شراء الكتاب الآخر . اما إذا تعذر التعرف على الإرادة الحقيقية للعاقد فالبديل هو افتراض الإراده بأن يفترض القاضى أن إرادة هذا المتعاقد قد اتجهت إلى كذا ولم تتجه إلى كذا . ففى المثال المتقدم قد يستنتج القاضى من ظروف الحال أن

– إن كان أساس القوة الملزمة للعقد هو ما للإرادة من سلطان ذاتى ، فلا مناص من الاعتداد بالإرادة الحقيقية فى نفس كل من الطرفين . ومثل هذا إذا قيل أن العقد يستمد قوته الملزمة من القانون ولكن على أساس الاعتبارات الخلقية . فالسلطان الذاتى للإرادة ، والواجب الخلقى بالوفاء بالعهد لا يكون له محل الا فى نطاق ما أنصرفت إليه الإرادة حقيقة لا ظاهرا . وهذه هى نظرية الإرادة الباطنة .. إما إذا كانت القوه الملزمة للعقد تستمد من القانون على أساس الاعتبارات الاجتماعية وما تقتضيه من استقرار وثقة ، فإنه يتعين الوقوف عند المظهر الخارجى الذى تكتسب به الإرادة حقيقتها الاجتماعية . وهذه هى نظرية الإرادة الظاهرة .. " اسماعيل غانم المصادر – فقره ٥٠ – ص ٩٠ ، وهو ينتهى إلى استبعاد السلطان الذاتى للإرادة ، ويبنى قوة العقد الملزمة على أساس القانون ، على أن يجمع بين الاعتبارات الخلقية والاعتبارات الاجتماعية ، وتختلف القوانين الوضعية فى تغليب إحدى الناحيتين على الأخرى ، أنظر اسماعيل غانم – المصادر : فقرة ٥١ – ص ٩٢ – ٩٣ .

الكتاب الثانى يتفق مع مهنة المشترى فيرجح أنه كان يقصد شراءه ، أى يفترض أن هذه كانت هى إرادته . ونظرية الإرادة الباطنة فى أخذها بالإرادة الحقيقية أو بديلها الإرادة المفترضة هى فى الحالين نظرية ذات طابع شخصى subjectif لانها تنشد دائما الإرادة فى ذاتها (١) .

١٠٦ - أما نظرية الإرادة الظاهرة volonté externe أو نظرية إعلان الإرادة La théorie de la déclaration de volonté فهى نظرية موضوعية objectif تنظر إلى الإرادة باعتبارها ظاهرة اجتماعية لا ظاهرة نفسية ، فلا تنظر إليها داخل النفس وإنما تنظر إليها من خلال التعبير عن الإراده صريحا أو ضمنيا وتقف عنده وحده . فالتعبير ليس قرينة قابلة لإثبات العكس ، بل هو قرينة على الإرادة لا تقبل إثبات العكس ، بل هو العنصر الاصلى للإرادة . وإذا كان القانون ظاهرة اجتماعية لا نفسية فإن الإرادة يجب أن تتخذ كذلك مظهرا اجتماعيا لكى يعتد بها القانون ويترتب على الفرق بين نظريتى الإرادة الظاهرة والباطنة أنه عند تفسير العقد يقوم القاضى فى ظل نظرية الإرادة الظاهره بتفسيره تفسيرا اجتماعيا مستندا إلى العرف الجارى والمألوف فى التعامل ، ويعتبر تفسير العقد مسألة قانون يخضع فيها القاضى لرقابة محكمة النقض كتفسير القانون ، أما فى ظل نظرية الإرادة الباطنة فالقاضى يبحث فى نوايا المتعاقدين ويستقل بالرأى فى

---

(١) السنهورى : الوجيز - فقره ٥٧ - ص ٥٣ -٥٣ .

التفسير فيكون مسألة واقع لا تخضع لرقابة محكمة النقض (١) .

١٠٧ - والواقع أن الآخذ بالإرادة الظاهرة أو الإرادة الباطنه لا يخلو من مزايا وعيوب . لذلك لا تأخذ القوانين باحداهما على إطلاقها بل تكملها دائما بالأخرى . فالقانون المدنى الالمانى يأخذ بالإرادة الظاهره (المواد ١١٦ وما بعدها) ولكنه يكملها بالإرادة الباطنه . وعكس ذلك تجده فى التقنين المدنى الفرنسى .

فالاخذ بالإرادة الباطنة وأن كان فى الاصل متفقا مع مبدأ سلطان الإرادة لأنه يمثل الإرادة الحقيقية الا أنه يهدم الثقة بين المتعاقدين . وكيف يثق متعاقد فى تعبير يتوقع بين لحظة وأخرى أن يقوضه الطرف الآخر بحجة أنه لم يرد ذلك التعبير فى قرارة نفسه ؟ ولا تستقر المعاملات خاصة التجارية مع وجود اعتبارات نفسية بعيده المنال تسيطر على العقود .

وإذا كان من شان الاخذ بنظرية الإرادة الظاهرة أن يحقق الاستقرار فى التعامل وهذا اتجاه اجتماعى إلا أنه من ناحية أخرى

---

(١) السنهورى : الوجيز - فقرة ٥٧ - ص ٥٢ - ٥٤ ، وهامش رقم ١ بصفحة ٥٤ . ومن الناحية العملية يصعب إثبات اختلاف الإرادة الباطنة عن الظاهره وحتى إذا أمكن إثبات ذلك فهناك جزاء على ذلك لأن المظهر الخارجى الخاطىء الذى أوجده المتعاقد يخضع لقواعد المسئولية التقصيرية فيلزم صاحب التعبير غير المطابق بالتعويض (السنهورى ص ٥٤ - هامش رقم ١)

لا تبدو فيه هذه الصبغة الاجتماعية ، لأنه يقف عند التعبير وحده فيغفل البواعث والدوافع الكامنه وراءه ، ومن ثم يمكن أن تظهر اتفاقات ذات بواعث غير مشروعة ولا تلقى جزاء ، الأمر الذى يمس النظام العام .

ونخلص من ذلك بأن تكمله احدى النظريتين بالأخرى هو الوضع الأمثل ، فعندما لا يرتب القانون أثر ما على ارادة الهازل والمازح والمجامل ومن علق العقد على محض مشيئته ، إنما يرجح نظرية الإراده الباطنة ، لأن أيا من هؤلاء لم يقصد فى قرارة نفسه أن يلتزم . وبالعكس عندما يمنع القانون التحفظ الذهنى والقيود الذهنية من التأثير على العقد ما دام الطرف الآخر لا يعلمها فانما يرجح نظرية الإراده الظاهرة حفاظا على استقرار التعامل . وعندما يفتح القانون باب الطعن فى التصرف لعدم مشروعية السبب أو لعيب من عيوب الإرادة فإنما يرجح نظرية الإرادة الباطنه وبالعكس عندما يسمح القانون بأستخدام ورقة الضد La contre-lettre فهو يجنح نحو الإرادة الظاهره (١) وهكذا .

١٠٨ – وقد أخذ التقنين المدنى المصرى بنظريه الإرادة الباطنة وأكملها بنظرية الإرادة الظاهرة (٢) .

---

(١) ويل وتريه : الفقرتان ٧٦ ، ٧٧ ص ٧٣ – ٧٧ .

(٢) السنهورى : الوجيز : فقرة ٥٧ ص ٥٤ ، سليمان مرقس : فقره ٦٣ ص ٦٧ . ومع ذلك تقول المذكرة الايضاحية للقانون المدنى : " قطع المشروع بإيثار مذهب الإرادة الظاهرة بصورة واضحة فلم يتطلب لانعقاد العقد –

المبحث الثانى
الإيجاب وقوته الملزمة

١٠٩ – كثيرا ما يتم التعاقد بايجاب وقبول سريعين ، كشراء جريدة أو مجلة أو رغيف خبز . فهذه الامور لا تحتاج إلى نقاش ومفاوضات لأن أسعارها معروفة للكافة عاده . ولكن احيانا يدعو الأمر إلى إجراء مفاوضات بين الجانبين . هذه المفاوضات قد يدعو اليها أحد الجانبين ، بوسيلة من وسائل النشر أو الاعلام ولا تعتبر هذه الدعوه ايجابا بل دعوة إلى التعاقد . ولكن إذا حددت فى هذه الدعوة أركان العقد فقد يؤدى ذلك إلى أعتبار الدعوه ايجابا ، كما يحدث عندما يعرض أحد المحلات سلعة ويحدد عليها الثمن الذى تباع به .

= توافق ارادتين ، بل استلزم تبادل التعبير عن ارادتين متطابقتين " ـــ جـ ٢ ـ ص ٩، وهذا القول لا يحمل على أنه اخذ مطلق بالإرادة الظاهرة بل المقصود منه الاشارة إلى وجود ضوابط فى القانون الجديد لصالح نظرية الإرادة الظاهرة .

أما تقنين الإلتزامات والعقود المغربى فقد ورد به من النصوص ما يوحى بأنه يأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة ، من ذلك الفصل ٢١ : " التحفظات والقيود التى لم تنه إلى علم الطرف الآخر لا تنقص ولا تقيد آثار التعبير عن الإراده المستفادة من ظاهر اللفظ ، غير أن الحقيقة أن هذا النص لا يعنى الاخذ المطلق بظاهر اللفظ وترك الإراده ، والدليل على ذلك أن المشرع المغربى قد خصص للكلام عن عيوب الإرادة الفصول من ٣٩ إلى ٥٦ من تقنين الإلتزامات والعقود ، وهى تقوم على فكرة الإرادة الباطنة ، مما يقطع بأنه يعتد بالإراده الباطنة ويشترط خلوها من العيوب ، ولكنه يكمل نظرية الإراده الباطنة ببعض الإعتبارات التى تكفل استقرار التعامل ، فيجعل التحفظات والقيود الذهنية لا تؤثر على ما هو واضح من اللفظ طالما انها لم تتصل بعلم الطرف الآخر .

وقد يصدر شخص ايجابا مشروطا . ومثال ذلك أن يعلن تاجر عن توافر كمية من بضاعة معينة لديه ، فهو يقبل التعاقد إلى الحد الذى تنفذ به هذه الكمية ويرفض أى قبول للتعاقد بعد ذلك فهو يستجيب لكل قبول يأتيه أولا بأول حتى تنفد البضاعة . ومثاله كذلك احتفاظ البائع بحق تعديل الثمن طبقا لتغير الاسعار (١) .

وقد يعرض شخص على آخر التعاقد بدون دعوة إلى المفاوضة وبدون تعليق على شرط ، فيكون هذا إيجابا باتا ، وأعتبار الايجاب باتا أم غير بات ، مسألة من مسائل الواقع يستقل بها قاضى الموضوع دون رقابة عليه .

١١٠- والأصل أن هذا الايجاب يرتب أثره القانونى (وهو صلاحيته لأن يقترن به قبول فينعقد بذلك عقد) من لحظة اتصاله بعلم من وجه إليه . بمعنى أنه قبل ذلك يستطيع الموجب أن يعدل عنه ، فإن كان الايجاب مرسلا بخطاب أو برقيه استرد الرسالة أو البرقية من مكتب البريد أو البرق . أو أرسل برقية تصل قبل وصول الايجاب أو على الأكثر معه ، يعلن فيها إلغاءه للإيجاب الصادر منه . وبهذا لا ينتج الإيجاب الأثر القانونى .

١١١- وباتصال الايجاب بعلم من وجه إليه يبدأ وجوده القانونى

---

(١) انور سلطان : فقرة ٦٢ ـ ص ٦٦ .

بعد أن كان وجوده فى الطريق وجودا فعليا لا قانونيا .

أما الزام ونهاية هذا الوجود القانونى للإيجاب فهو مسالة اختلفت فيها التقنينات المدنية . فيذهب القانون الألمانى فى هذا الخصوص إلى اعتبار الموجب ملزما بالبقاء على إيجابه . إلا إذا كان قد استبعد هذا الالزام (المادة ١٤٥ مدنى ألمانى) ويترتب على ذلك أن الموجب يبقى ملتزما إلى وقت معين يختلف بحسب الظروف ، وأن وفاته او فقده اهليته بعد الايجاب لا تمنع من اقتران القبول به لأن الايجاب بعد صدوره يستقل عن صاحبه ويكون له كيان قائم بذاته (١) .

١١٢- اما القانون الفرنسى فقد كان يصدر عن نزعة فردية جعلته يعتبر الإرادة وحدها لا تلزم صاحبها ، وعلى ذلك يستطيع الموجب أن يسحب إيجابه ما دام لم يقبل ، ووفاته او فقده أهليته يمنع من اقتران القبول بالإيجاب وبالتالى يمنع من انعقاد العقد . وفى نفس الوقت لا يستطيع ورثة من وجه إليه الايجاب أن يقبلوا التعاقد بدلا منه لأن ما ينتقل إليهم من المورث هو الحقوق التى اكتسبها ، ولا يعتبر التعبير الموجه إليه من هذه الحقوق . ولكن من الناحية الواقعية توجد بعض عناصر التخفيف من حدة هذه المبادىء بحيث تجعلها تقترب من النظام الالمانى : فإذا كان الموجب قد حدد أجلا للقبول التزم بالبقاء على ايجابه طوال المدة التى حددها إلا إذا تلقى من الطرف الآخر

---

(١) ويل وتريه : فقرة ١٣٦ ـ ص ١٥١ .

رفضا للإيجاب أما إذا لم يحدد الموجب أجلا للقبول وإنما تطلب إجابه فورية ، فإن القضاء يلزمه فى هذه الحالة بالبقاء على ايجابه المدة الكافية لوصول الايجاب إلى الطرف الآخر ، وتأمله فيه وارساله ردا ، وبطبيعة الحال يختلف ذلك حسب الظروف . وإذا لم يحدد الموجب أجلا ولم يتطلب إجابة فورية ، فهو يبقى كذلك ملتزما المدة المعقولة التى يقدرها القاضى حسب الأحوال ، وتكون عادة قصيرة فى المعاملات التجارية لحاجتها إلى السرعة ، فإذا عدل قبل ذلك عن ايجابه كان مسئولا عن تعويض الطرف الآخر عما سببه له العدول من الاضرار ، بل ويستطيع هذا أن يطلب التنفيذ العينى لما تضمنه الايجاب إذا كان ذلك ممكنا (١) .

١١٣- موقف التقنينات العربية : لا يختلف موقف التقنينات المدنية العربية كثيرا عما تقدم من المبادىء ، إلا من حيث انها تقررت فى القوانين العربية بنصوص صريحة ، اما فى القانون الفرنسى فقد تقررت باجتهادات فقهيه وقضائية . ففى التقنين المدنى المصرى (المادة ٩١) : " ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه . ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به مالم يقم الدليل على عكس ذلك " (٢) فالقانون المصرى يأخذ بنظرية العلم

---

(١) ويل وتريه : فقرة ١٣٨ ـ ص ١٥٢ ـ ص ١٥٣ .

(٢) هذه المادة يقابلها المادة ٩١ مدنى ليبى وهى مطابقة لها والمادة ٦١ مدنى جزائرى موافقة والمادة ٣٦ مدنى كويتى موافقة المادة ٨٧ مدنى عراقى موافقة ، اما التقنينان السورى واللبنانى فهما يأخذان بنظرية الاصدار -

المفترض أى أنه يجعل من وصول التعبير قرينة على العلم به ، ولكنها قرينة تقبل إثبات العكس .

وتنص المادة ٩٢ مدنى على أنه : " إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة او فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره ، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه . وهذا مالم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل " (١) ولهذا النص نظيره فى تقنين الالتزامات والعقود المغربى وهو الفصل ٣١ ونصه : " موت الموجب أو نقص أهليته إذا طرأ بعد ارسال ايجاب لا يحول دون اتمام العقد ان كان من وجه إليه الايجاب قد قبله ، قبل علمه بموت الموجب او بفقد أهليته " .

فوفاة الموجب أو فقده الأهلية لا يؤثران على الايجاب ويبقى

= (المادة ٩٨ سورى والمادة ١٨٤ لبنانى) . وقد راعى السوريون توافق قانونهم مع القانون اللبنانى لكثرة المعاملات بين هذين البلدين المتجاورين . أما تقنين الالتزامات والعقود المغربى ، فلم يتضمن نصا ، ويبدو من مجموع أحكامه أنه ياخذ بالنسبة إلى الايجاب بنظرية العلم وبالنسبة إلى القبول بنظرية إعلان القبول (الفصل ٢٤)

(١) هذه المادة يقابلها فى القانون المدنى الليبى المادة ٩٢ وهى مطابقة لها ، وفى القانون التونسى المادة ٣٥ موافقه ولا يجود لها مقابل فى التقنين السورى ولا العراقى ولا اللبنانى . (أنظر السنهورى : الوجيز ـــ ص ٥٦ هامش ٢) وقد جاء التقنين المدنى الكويتى بعكس هذه القاعدة إذ نصت المادة ٤٢ على أن : " يسقط الايجاب بموت الموجب أو الموجب له او بفقد احدهما الاهليه".

منتجا لأثره القانونى عند اتصاله بعلم المرسل إليه . على أن هناك فرقا بين حكم القانون المصرى والقانون المغربى فى هذه المسألة وهو أن القانون المغربى يشترط أن يكون من وجه إليه الايجاب يجهل واقعة الوفاة أو فقد الأهلية ، اما إذا كان يعلم فانه (بمفهوم المخالفة) لا ينعقد العقد . أما القانون المصرى فلم يشترط ذلك ، ومعنى هذا أن العقد ينعقد سواء كان من وجه إليه الايجاب عالما أو غير عالم بواقعة الوفاة او فقد الأهلية ولكن إذا تبين من التعبير أو من طبيعة التعامل أن العقد لا يتم بغير وجود الموجب فإن العقد لا ينعقد . فإذا كان الموجب رساما يعرض على الطرف الآخر أن يرسم له صورة ثم توفى فإن طبيعة التعامل توحى بان العقد لا يمكن تنفيذه من غيره فلا ينعقد العقد .

وتنص المادة ٩٣ مدنى مصرى على انه : " إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على ايجابه إلى أن ينقضى هذا الميعاد وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة " (١) .

---

(١) يقابل هذا النص فى التقنينات العربية الأخرى النصوص التالية : المادة ٦٤ مدنى سورى والمادة ٩٣ مدنى ليبى وهما مطابقتان للنص المصرى والمادة ٣٣ التزامات تونس موافقة والمادة ٨٤ مدنى عراقى والمادة ١٧٢ موجبات لبنانى وهما موافقتان للنص المصرى والمادة ١٥٢ اردنى موافقه والمادة ٢/٤١ كويتى موافقة والمادة ٦٣ مدنى جزائرى موافقة . ويوجد نفس هذا الحكم فى تقنين الالتزامات والعقود المغربى فى الفصل ٢٩ ونصه : " من تقدم بايجاب مع تحديد أجل للقبول بقى ملتزما تجاه الطرف الآخر إلى انصرام هذا الأجل . ويتحلل من إيجابه إذا لم يصله رد بالقبول خلال الأجل المحدد " والفصل ٣٠ ونصه : " من تقدم بايجاب عن طريق المراسلة من غير ان يحدد أجلا بقى ملتزما به إلى -

١١٤ - **أساس القوة الملزمة للإيجاب** : سيقت فى تبرير هذه القوة عدة نظريات هى :

أولا : نظرية الإرادة المنفرده : تبنى هذه النظرية الزام الموجب بالبقاء على ايجابه ، على فكرة الإرادة المنفردة . وهذه النظرية يستقيم الأمر لها فى التقنين المدنى المصرى حيث نجد المادة ٩٣ تأخذ الموجب بالموعد الذى عينه للقبول بارادته فالإرادة وحدها هى أساس التزامه (١) . والأمر كذلك فى تقنين الإلتزامات والعقود المغربى حيث يلزم الفصل ٢٩ الموجب بالبقاء على موعد الزم نفسه به (٢) . أما فى

- الوقت المناسب لوصول رد المرسل اليه داخل أجل معقول ، ما لم يظهر بوضوح من الايجاب عكس ذلك ، وإذا صدر التصريح بالقبول فى الوقت المناسب ولكنه لم يصل إلى الموجب إلا بعد انصرام الآجل الذى يكفى عادة لوصوله اليه ، فإن الموجب لا يكون ملتزما مع حفظ حق الطرف الآخر فى طلب التعويض من المسئول قانونيا " .

وحكم التقنين المغربى يزيد فى التفصيل عن حكم القانون المصرى ، فهو يوضح فكرة الأجل المعقول للرد على الإيجاب ويعالج الفرض الذى يصل فيه الرد بعد انقضاء المدة المحددة أو المعقوله ، حيث لا يكون الموجب ملتزما بالعقد ، أى ان العقد لا ينعقد وتتحصر حقوق من وجه إليه الايجاب فى المطالبة بالتعويض من المسئول عن تأخير وصول القبول ، أى من مصلحة البريد أن كان مرسلا بالبريد (يلاحظ ان اللوائح الخاصة بالبريد تعفى هذا المرفق من مسئولية التأخير عادة) ، أو من حامل الرد إن كان مرسلا مع رسول خاص . وهذه الاحكام تتفق مع العداله ومع القواعد العامة ومن ثم يمكن العمل بها فى القانون المصرى دون نص .

(١) السنهورى : الوجيز : فقرة ٧٣ ـ ص ٦٩ .

(٢) الكزبرى : جـ ١ ـ فقرة ٢٥٢ ـ ص ٣١٥ .

القانون الفرنسى فإن القضاء يرفض أصلا فكره الإلتزام بإرادة منفردة (١) .

ثانيا : نظرية العقد الابتدائى او العقد التبعى : تقوم هذه النظرية على اعتبار الموجب الذى يريد أن يترك فرصة للطرف الآخر للتروى أنه قد أصدر ايجابا بان يبقى على ايجابه المدة الكافية لهذا التروى . ولأن هذا الايجاب يتمحض لمصلحه من وجه إليه ، فيمكن اعتبار الموجب إليه قابلا لهذا الايجاب فينعقد عقد ابتدائى أو عقد تبعى يلزم الموجب بالبقاء على ايجابه . ولكن هذه النظرية قد اعترض عليها بأن هذا العقد لم يخطر على بال أحد من الطرفين ، فكيف ينعقد وهم لم يتصوروه أصلا (٢) .

ثالثا : نظرية المسئولية التقصيرية : وهى تعتبر الموجب الذى يعدل عن ايجابه يخل بالثقة المشروعة التى تولدت لدى المتعاقد الآخر فى أن يأخذ الفرصه الكافية لدراسة الايجاب وابداء قبوله أو رفضه . وعلى ذلك فهو يستحق تعويضا عما يسببه ذلك له من ضرر ، كما يمكن أن يطلب تعويضا عينيا بان يعتبر العقد منعقدا ويلزم به الموجب رغم عدوله (٣) .

---

(١) ويل وتريه : فقرة ١٣٩ ـ ص ١٥٤ .
(٢) ويل وتريه : فقرة ١٣٩ ـ ص ١٥٤ .
(٣) ويل وتريه ، فقرة ١٣٩ ـ ص ١٥٥ :

المبحث الثالث
التعاقد بين حاضرين

١١٥ – النصوص القانونية المتعلقة بالتعاقد بين حاضرين : تنص المادة ٩٤ مدنى مصرى على أنه : " ١ – إذا صدر الايجاب فى مجلس العقد ، دون أن يعين ميعاد للقبول ، فإن الموجب يتحلل من ايجابه إذا لم يصدر القبول فورا . وكذلك الحال إذا صدر الايجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأى طريق مماثل .

٢ – ومع ذلك يتم العقد ولم لم يصدر القبول فورا إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن ايجابه فى الفترة ما بين الايجاب والقبول وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد " (١) .

---

(١) يقابل هذا النص فى التقنينات العربية الاخرى مايلى من النصوص : فى قانون الالتزامات التونسى المادة ٢٧ موافقة وفى التقنين المدنى الليبى : المادة ٩٤ مطابقة ، وفى التقنين المدنى السورى : المادة ٩٥ مطابقه ، وفى التقنين المدنى العراقى : المادة ٨٢ موافقه ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : المادة ١٨٣ موافقة وفى التقنين اليمنى المادة ٩٦ مقاربه وفى التقنين الجزائرى المادة ٦٤ موافقة وفى التقنين الكويتى المادة ٤٦ موافقة . وينص الفصل ٢٣ من تقنين الالتزامات والعقود المغربى على أن : " الايجاب الموجه لشخص حاضر من غير تحديد ميعاد يعتبر كأن لم يكن إذا لم يقبل على الفور من الطرف الآخر .

ويسرى هذا الحكم على الايجاب المقدم من شخص إلى آخر بطريق التليفون " .

١١٦- أن المبدأ المقرر بصفه عامة فى التشريعات الحديثة بشأن التعاقد بين حاضرين ، هو ان من وجه إليه ايجاب عليه أن يرد عليه فى الحال وعلى الفور بالقبول بمجرد علمه بالايجاب فإن تراخى بعض الوقت عن الرد سقط الايجاب ويعتبر قبوله بعد ذلك ، ايجابا جديدا موجها إلى الطرف الآخر ، وهذا هو المبدأ الذى تضمنه النصان المصرى والمغربى المتقدمان (١) .

غير أن المبدأ لا يخلو من التشدد والحرج للمتعاملين ، فقد يحتاج من وجه إليه الايجاب أن يزيده تحديدا ببعض التفاصيل التى يسأل عنها الطرف الآخر مع اتفاقه مبدئيا معه على التعاقد ، وبمجرد أن يتم استيفاء التفاصيل فى الجلسة يصدر قبوله النهائى . لذلك فإن أحكام الشريعة الإسلامية الخاصة بهذا الموضوع أكثر تيسيرا من المبدأ الذى ذكرناه ، فهى تعرف نظرية لا تعرفها التشريعات الغربية هى نظرية مجلس العقد . فنعطى فكرة واضحة عن هذه النظرية فيمايلى ، ثم نرى مدى الأخذ بها فى التقنينات العربية .

١١٧- **نظرية مجلس العقد** : الغرض من هذه النظرية فى الفقه الاسلامى هو " تهيئة فرصة لمن يقدم على التعاقد لتدبر أمره وإمعان

---

(١) وهو أيضا المبدأ الذى أخذ به تقنين الالتزامات السويسرى فى المادة الرابعة منه ، والتقنين المدنى الالمانى فى الماده ١/١٤٧ منه ، أنظر السنهورى : الوجيز ــ ص ٧٠ هامش رقم ٢ .

فكره قبل أن يصدر قبولا وغاية هذا التدبر ونهايته هو الفترة التى يبقى الطرفان منصرفين فيها إلى التعاقد ، وحتى ينفض مجلسهما . ففترة التدبر تبدأ من وقت صدور الإيجاب ، وهو يتصل بعلم الطرف الأخر فى الحال لأن الفرض أنهما حاضران فى مجلس واحد ، وتنتهى فترة التدبر بانفضاض المجلس . والمجلس ينفض بصدور قبول أو رفض ممن وجه الإيجاب إليه ، وينفض بقيام أحد الطرفين وانصرافه من المكان ، وينفض بـأعراض أحد الطرفين عن موضوع التعاقد وانصرافه إلى موضوع آخر ولو بقى فى نفس المكان (١) . ومجلس العقد هو اجتماع المتعاقدين فى نفس الزمان والمكان بحيث يسمع احدهما كلام الآخر مباشرة حالة كونهما منصرفين إلى التعاقد لا يشغلهما عنه شاغل (٢) ومجلس العقد قد يكون حقيقيا أو حكميا كما فى التعاقد بالتليفون (٣) .

---

(١) والعلة الفنية فى ذلك هى أن الأصل ألا يتوقف الإيجاب على وجود القبول . ذلك أنه إذا وجد القبول انعدم الايجاب من زمان وجوده ، فوجد القبول والايجاب منعدم ، ولكن اعتبار ذلك يسد باب التعاقد ، فتوقف الايجاب على القبول حكما فى مجلس العقد ، وجعل المجلس جامعا للشطرين مع تفرقهما للضرورة . السنهورى : مصادر الحق ـ جـ ٢ ـ ص ٧ .

(٢) عبدالفتاح عبدالباقى : فقرة ٦٩ ـ ص ١٤٥ ـ وتنص المادة ٢٢٦ من مجلة الاحكام الشرعيه على انه : " يصح التراضى بين الايجاب والقبول ما دام المتبايعان فى المجلس لم يتشاغلا بما يقطعه عرفا . اما إذا تفرقا عن المجلس أو به تشاغلا بما يعد قاطعا فى العرف لم ينعقد العقد " .

(٣) انور سلطان : فقرة ٦٦ ـ ص ٦٩ .

وفى تفاصيل أحكام مجلس العقد تختلف المذاهب الفقهية بعض الاختلاف ، ونعرض ذلك بايجاز فيما يلى :

١- فى مذهب الإمام مالك : الإيجاب ملزم لصاحبه بمجرد صدوره منه فلا يجوز الرجوع فيه . فالإرادة المنفردة عند الإمام مالك تلزم صاحبها فإذا صدر من الموجب رجوع عن ايجابه ثم صدر من الطرف الآخر قبول لاحق ، انعقد العقد ، إذ لا أثر للرجوع فالإيجاب لا يسقط الا برفضه أو بانفضاض المجلس .

أما المذاهب الأخرى فلا تجعل الايجاب ملزما . فإذا رجع الموجب ثم صدر قبول لا ينعقد وكذلك إذا تعاصر الرجوع والقبول لا ينعقد العقد . وعلى ذلك يسقط الايجاب فى نظر هذه المذاهب بالأسباب التالية: بانفضاض المجلس وبموت أحد الطرفين أو فقده الأهلية وبرجوع الموجب (١). وحق الموجب فى الرجوع هو ما يسمى : خيار الرجوع ، ولا يأخذ به مذهب الأمام مالك بينما تأخذ به مذاهب أخرى .

---

(١) وهناك تعليل دقيق طريف لحق الموجب فى الرجوع هو ان الرجوع خال من أبطال حق الغير ... ذلك أن الموجب لم يثبت لمن خاطبه بالإيجاب إلا حق التملك ، وهو إذا كان أقوى من الرخصة فهو أضعف من حق الملك .. فلو لم يجز للموجب الرجوع وهو صاحب حق الملك ، رعاية للمتعاقد الاخر وهو صاحب حق التملك للزم تعطيل حق الملك بحق التملك أى تعطيل الأقوى بالأضعف وهذا لا يجوز ، وهناك تعليل آخر هو " أن الايجاب قد أثبت للمخاطب به ولاية الأخذ والموجب هو الذى أثبت له هذه الولاية ، فله أن يرفعها كعزل الوكيل ، أنظر السنهورى : مصادر الحق ـ جـ ٢ ـ ص ١٩ ـ ٢٠ .

٢- تتفق المذاهب فى أنه لا إلزام فى القبـول ، فمـن يوجـه إليـه إيجاب تكون له حرية أن يقبل ، وألا يقبل . وهذا هو ما يسمى : خيـار القبول ، وهو أحد مظـاهر سلطان الإرادة ويمتـد إلـى آخـر المجلس . ولكن إذا مات الموجب قبل القبول يسقط الايجاب بموتـه وإذا مـات مـن وجـه إليـه الايجـاب فـالعقد لا ينعقـد بواسـطة ورثتـه لأن خيـار القبـول لا يـورث وسـقوط الايجـاب بمـوت مـن وجـه إليـه هــو حكـم القـانون المصرى والقانون العراقى (١) ، ونرى الاخذ به فى القـانون المغربـى رغم عدم النص عليه ، تطبيقا لقاعدة أن خيـار القبـول لا يـورث . امـا حالة سقوط الايجاب بموت الموجـب فهـو حكـم القـانون العراقـى ، أمـا القانون المصرى والمغربى فقد تقدم أنهما يسـمحان بانعقـاد العقـد رغـم موت الموجب ، مع اختلاف فى الشروط هو ان القانون المغربى يسمح بذلك إذا كان من وجه إليه الايجاب لا يعلـم بموتـه (أو فقـده الاهليـة) (الفصـل ٣١ التزامات وعقود) فإذا كان يعلم قبل القبول بالوفاه او فقـد الاهلية فلا ينعقد العقد . أما القانون المصرى فيقـر إنعقـاد العقـد بـالقبول علم الطرف الآخر القابل او لم يعلـم بالوفـاة او فقـد الاهليـة ، وإن كـان القانون المصرى قد أورد تحفظين يقرب بهما من حكم القانون المغربى وهما :

إذا تبين من التعبير أن العقد لا ينعقد بغير وجود الموجب ، فـلا ينعقد عند وفاته وفقده الاهلية ، وإذا تبيـن مـن طبيعـة التعامـل أن العقـد

---

(١) السنهورى : مصادر الحق ـ جـ ٢ ـ ص ١٦ .

لا يصلح أن ينعقد بغير وجوده فلا ينعقد (المادة ٩٢ مدنى مصرى) .

٣ – هناك خلاف حول " ما يسمى بخيار المجلس الذى تقول به الشافعية والحنابلة ويعارضه المالكية والحنفية . وفكرة خيار المجلس ترجع إلىان الشافعية يشترطون صدور القبول على الفور – كما هو الشأن فى التشريعات الحديثة – ولكنهم يعوضون هذا التعجيل بإعطاء الفرصة مرة أخرى للموجب وللقابل بان يرجع من يشاء منهما عن العقد ، طالما أن المجلس لم ينفض . وبذلك يستطيع القابل إذا رأى أن العقد فى غير صالحه أن يتحلل منه قبل انفضاض المجلس ، وكذلك الموجب .

ويستندون فى ذلك إلى حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم : " البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يكون البيع خيارا " وفى رواية : " البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر " .

وأساس الخلاف هو تحديد الوقت الذى يكون فيه العقد ملزما . فمالك وأبوحنيفة وأصحابهما يرون أن العقد يصبح ملزما بالقبول (أى بالايجاب والقبول) وإن لم يفترق المتعاقدان ، بينما يرى الشافعى وأحمد وغيرهما أن العقد لا يلزم ألا بالافتراق من المجلس ، أما بقاء المتعاقدين فى المجلس فمعناه أن لهما خيار المجلس (١) . وبذلك يظل

---

(١) ويلاحظ أن الحنابلة ياخذون بخيار المجلس رغم أنهم يعطون –

مصير العقد معلقا إلى أن ينفض المجلس ، ولذلك يروون أن عبد الله ابن عمر كان إذا تعاقد فى مجلس مشى إذ رعا ثم عاد حتى يجعل العقد باتا ويقطع خيار المجلس (١) ، ولا ينقطع خيار المجلس إلا بأحد أمور ثلاث : انفضاض المجلس او التفرق بالابدان ، والتخاير وموت أحد المتعاقدين . والمقصود بالتخاير هو أن يقول أحد الطرفين للآخر : أختر إمضاء العقد أو فسخه . وهو بذلك يسقط خيار نفسه ، ويجعل الخيار للطرف الآخر ، فإن امضى العقد انعقد وصار نهائيا فإن فسخه تحللا منه سويا .

ويعارض المالكية والحنفية فكرة خيار المجلس ويقولون أن الله سبحانه وتعالى يقول : " يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " والعقد هو الايجاب والقبول لاغير ، ويقول الامام مالك أنه لم يجد أهل المدينة يعملون بخيار المجلس .

- المتعاقدين فرصة التدبر بخيار القبول وخيار الرجوع . وعلى ذلك فإن المذاهب الاربعة تتدرج فى إعطاء فرصة التدبر على النحو التالى : " المالكية لا يعطون للموجب فرصة للرجوع عن إيجابه ، ويعطون للمخاطب بالايجاب فرصة التدبر للقبول أو الرفض إلى أخر المجلس ، والحنفية يعطون كلا من المتعاقدين فرصة التدبر ، ولكن بعد انعقاد العقد إلى آخر المجلس والحنابلة يعطون كلا من المتعاقدين فرصة للتدبر ، قبل انعقاد للموجب خيار الرجوع وللمخاطب بالايجاب خيار القبول ، وبعد انعقاده لكل منهما خيار المجلس ، والشافعية يعطون لكل من الموجب والمخاطب بإيجاب فرصة التدبر إلى آخر المجلس أنظر : السنهورى : مصادر الحق ـ جـ ٢ ـ ص ٢٣ .

(١) ابوزهره : الملكية ونظرية العقد ـ فقرة ١٠٦ ـ ص ٢٠٧ .

ولاشك فى أن خيار المجلس من شانه أن يزعزع القوة الملزمة للعقد ، وهو يثير خلافات خطيرة فى بعض الحالات مثل التفرق بالاكراه والتفرق بالموت ، وهذا لا يساعد على انضباط التعامل . ولاشك أيضا فى أن راى المالكية والحنفية فى هذه المسألة أفضل ، غير أنه لا يقف دون رأيهم سوى الحديث الذى ذكرناه : " البيعان بالخيار ... " وقد أمكن تأويل هذا الحديث بحيث لا يتعارض معه مذهب المالكية والحنفية . فهذا الحديث لا يفهم منه جعل المتعاقدين بالخيار بعد أن يتم العقد ، لان العقد متى تم الزم ، ولكن يفهم منه انه يجعلهما بالخيار قبل أن يتم العقد ، فهو يقرر خيار القبول وخيار الرجوع لا خيار المجلس . وعبارة " أو يقول أحد هما لصاحبه اختر " محمول على أن الموجب إذا أراد الا يبقى معلقا إلى نهاية المجلس له أن يستعجل صاحبه بقوله : اختر قبول الايجاب او رفضه فيمتنع عليه الرجوع فى الايجاب ، ويكون على الطرف الآخر أن يجيب فورا ، فإن سكت انفض المجلس بذلك ولا ينعقد العقد (١) .

٤ - أن مجلس العقد لا يلزم أن يكون بين جالسين فى مكان واحد ، بل يمكن أن يكون الطرفان واقفين فى السوق او فى أى مكان

---

(١) السنهورى : مصادر الحق ـ ص ٣٩ ـ ٤٠ ، ويقول فى هذا الموضع أن الامام مالك أمام أهل الحديث قد روى عنه تغليب القياس على السماع فى هذا الحديث بالذات : " لقد كشف مالك عن ملكة الفقه عندما أبى أن يهدر قوة العقد الملزمة ، أبى إهدارها ولو تعارض فى ذلك مع ظاهر حديث رواه هو نفسه حتى عابه كثير من أهل العلم .. "

آخـر ، او مضطجعيــن . ولكــن الحنفيــة صـــوروا مجلــس العقــد تصويرا ماديا ، فقـالوا : أن المتعـاقدين إن تغير بهمـا المكـان لا ينعقد العقـد : فـإذا تبايعـا وهمـــا يمشـيان أو يسـيران علــى دابتيــن أو دابــة واحـدة ، فـإن خـرج الايجــاب والقبـول منهمــا متصليــن انعقــد ، وأن كان بينهما فصل وسكوت لا ينعقد لان المجلس تبدل بالمشى ولو تبايعـا وهمــا فــى ســفينة ينعقــد واقفــة كــانت أم جاريــة ، خــرج الشــطران (الايجاب والقبول) متصليـن او منفصليـن لأن جريـان السـفينة بجريـان الماء والراكب لا يملك وقفها . ولكن هذا الاغراق فى المادية لا يوافـق عليه بعض الفقهـاء المسـلمين المعـاصرين ؛ ويـرون أن الاولـى الاخـذ فى مجلس العقد بالوحدة الزمانية لا المكانيــة ؛ فمجلـس العقـد لا ينقطـع طول الزمن الذى يظل فيه المتعاقدان منشغلين بالتعاقد بقيا فى مكـانهمـا أو برحـاه ؛ وينفض المجلس بـالاعراض مـن أيهمـــا ولــو لــم يبرحــا المكان (١) .

١١٨ – وقـد أخـذت بنظريـة مجلس العقـد كثير مـن التقنينـات العربية . فالقانون المدنى المصرى قد قرر فى المادة ٩٤ منه أن العقد يتم متى صدر القبول قبل انفضاض مجلس العقد ، إذا لم يوجد مـا يـدل على أن الموجب عدل عن ايجابه فى الفترة ما بين الايجـاب والقبـول . وبذلك يقرر المشرع المصرى خيار القبـول ، وخيـار الرجـوع ، وينبـذ خيار المجلس .

---

(١) السنهورى : مصادر الحق ـ جـ ٢ ـ ص ١١ ـ ص ١٣ .

أما المشرع المغربى فهو لم يأخذ بنظرية مجلس العقد فى الفصل ٢٣ من تقنين الالتزامات والعقود ، ولم يشر فى هذا النص إليها ، وإنما اشترط فى هذا النص صدور القبول فورا وإلا سقط الايجاب (١) . وهو فى هذا لا يقرر خيار القبول إلا فى حدود ضيقه إذ يشترط فيه الفورية ، ولا يقرر خيار الرجوع ولا خيار المجلس (٢) .

ونستطيع ان نقول أن القانون المغربى بذلك لا يترك فى التعاقد بين الحاضرين أية فرصة للتدبر والتروى ، لا بخيار القبول كما يعرفه الفقه الإسلامى ولا بخيار المجلس . ولا شك فى أن هذا يعتبر نقصا ، نشير على المشرع المغربى بتداركه لتكون الأحكام متفقة مع الشريعة الإسلامية من جهة ، ومع التقنينات العربية الأخرى من جهة ثانية .

---

(١) قارن : الكزبرى : فقرة ٤١ ـ ص ٦٥ ـ ٦٦ .

(٢) نفى المشرع المغربى خيار المجلس عندما اشترط أن يكون تعديل العقد فور ابرامه بإرادة المتعاقدين معا ، فلا يستقل احدهما بنقضه أو تعديله . واعتبر التعديل الاتفاقى جزءا من الاتفاق الأصلى لا عقدا جديدا ، فنص فى الفقرة الثانية من الفصل ١٩ التزامات وعقود على أن : " التعديلات التى يجريها الطرفان بإرادتهما على الاتفاق فور ابرامه لا تعتبر عقدا جديدا ، وإنما تعتبر جزءا من الاتفاق الأصلى ، وذلك ما لم يصرح بخلافه " .

المبحث الرابع
التعاقد بين غائبين

١١٩- ينص القانون المدنى فى المادة ٩٧ منه على ان :

" ١ - يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم فى المكان وفى الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانونى بغير ذلك " .

" ٢ - ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول فى المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول " (١) .

١٢٠- أن الوقت الذى ينتج فيه القبول الأثر المنشود منه وهو انعقاد العقد ، يختلف بحسب النظرية التى نأخذ بها من بين نظريات أربع ، ويمكن أن ترد هذه النظريات إلى اثنتين فقط وتعتبر الاخريان تطويرا لهما ، فهناك نظرية إعلان القبول ، تطورها أخرى إلى : تصدير القبول وهناك نظرية العلم بالقبول ، تطورها نظرية أخرى إلى تسلم القبول . وإليك بيانها :

١- نظرية إعلان القبول : ومقتضاها أن ينعقد العقد بمجرد أن يعلن القابل قبوله ، وقبل أن يصل هذا القبول إلى علم الموجب ، ويرى أنصار هذه النظرية أنها تتفق مع السرعة التى تقتضيها المعاملات التجارية ، وأنها تتفق مع القواعد العامة ، حيث أنه بتحقق توافق الإرادتين ينعقد العقد .

---

(١) سنشير إلى أحكام التقنينات العربية الأخرى أثناء شرح هذا النص .

ولكن يؤخذ على هذه النظرية أن المعروف أن الإرادة لا تنتج أثرها إلا عند العلم بها ، فمجرد الإعلان عن القبول دون العلم به لا يكفى .

٢- نظرية تصدير القبول : هذه النظرية كما قلنا هى تطوير لفكرة إعلان القبول ، فهى تضيف إلى الإعلان عن القبول عنصرا يضفى عليه التأكيد هو أن يتم تصدير القبول بالبريد أو مع رسول خاص او بالبرق ، بحيث لا يستطيع القابل الرجوع فيه باسترداده . ولكن يؤخذ على هذه النظرية أن القبول يمكن استرداده من البريد ، ويمكن إرسال برقية تلغيه قبل وصوله ومن ناحية أخرى ، فإنه إذا كان لإعلان القبول فى ذاته قيمة قانونية فليس من شان التصدير أن يزيده شيئا .

٣- نظرية العلم بالقبول : هذه النظرية هى التى تتفق مع القواعد العامة فى التعبير عن الإرادة ، لإنها تجعل للقبول أثره من وقت العلم به فقط .

٤- نظرية تسلم القبول : وهى ترتب على القبول أثره من وقت استلام الموجب اياه ، على أساس أن استلامه علامة وقرينة على العلم به .

وقد أخذ التقنين المدنى المصرى بنظرية العلم بالقبول ، وجعل استلام القبول أو وصوله إلى الموجب قرينة على العلم به ، ولكنها قرينة تقبل اثبات العكس . وزيادة على ذلك فإن المشرع المصرى قد ترك للمتعاقدين فرصة تعيين الزمان والمكان اللذين ينعقد فيهما العقد أن لم

يرقهما حكم القانون (١).

---

(١) أما المشرع المغربى فقد أخذ بنظرية إعلان القبول فى الفصل ٢٤من تقنين الإلتزامات والعقود ، ثم أضاف قيدا على ذلك فى الفصل ٣٠ حيث أوجب أن يصل القبول خلال المدة المعقولة التى يظل فيها الموجب ملتزما بالبقاء على ايجابه . فإذا كان القبول قد صدر خلال هذه المدة ولكن تأخر وصوله إلى ما بعد فواتها فلا ينعقد العقد . وازاء التضارب الموجود بين هذين النصين وتردد المشرع بين الاخذ بنظريتى الإعلان والوصول ، فإن بعض الفقهاء يوفق بين النصين بالقول بأن إعلان القبول يتم به العقد ، ولكنه يبقى عقدا معلقا على شرط واقف هو وصول الرد بالقبول إلى الموجب قبل انصرام الوقت المناسب الذى يكفى عادة لوصوله عليه (الكزبرى ـ جـ ١ ـ فقرة ٤٢ ـ ص ٦٩) والواقع أن هذا الرأى يؤدى إلى نبذ نظرية إعلان القبول لحساب نظرية وصوله . ونحن نميل إلى هذا الاتجاه ، غير اننا لا نرى تعليله بفكرة التعليق على شرط ، وإنما إعمال النص اللاحق (الفصل ٣٠) واطراح النص السابق وهو الفصل ٢٤ طبقا لقواعد تفسير القانون ، لتعذر الجمع بينهما . والافضل أن يتدخل المشرع بالغاء احدهما .

والواقع أن فكرة الشرط الواقف هنا ليست موصلة للنتيجة المطلوبة ، فالشرط الواقف ارادى اما الشرط هنا فهو على فرض وجوده من صنع المشرع ؛ ومن الصعب القول بان المتعاقدين فى كل عقد بالمراسلة قد ارتضوا ضمنا ما ينسبه هذا الراى إلى المشرع من شرط .

وتمشيا مع نظرية الإعلان التى يبدو أن المشرع المغربى يميل إلى الاخذ بها ، فقد اعتبر العقد تاما فى الزمان والمكان اللذين يوجد فيهما القابل والرسول الموفد من قبل الموجب عند إعلان القبول ، والرسول ليس نائبا عن الموجب ، فليست له سلطة التفاوض فى أبرام العقد وإنما هو مجرد حامل لإرادة الموجب لتبليغها إلى الطرف الآخر .

ويماثل اتجاه المشرع المغربى ، المشرعان السورى واللبنانى (واليمنى)حيث أخذا بنظرية الإعلان فى المادة ٩٨ مدنى سورى والمادة ١٨٤ موجبات وعقود لبنانى والمادة ١٠١ مدنى يمنى أما التقنينان العراقى والليبى فهما يأخذان كالقانون المصرى بنظرية العلم . وكذا المادة ٣٦ مدنى كويتى والمادة ٦١ مدنى جزائرى والمادة ١٥٧ مدنى أردنى .

وتنص المادة ٢٢٨ من مجله الاحكام الشرعية على انه : " يصح الايجاب والقبول كتابة كما لو كان المشترى غائبا عن المجلس فكاتبة البائع إنى بعتك دارى بكذا أو نحو ذلك فلما بلغ المكتوب إليه الخبر قبل ، صح العقد .

المبحث الخامس
النيابة فى التعاقد

١٢١ ـ الاصل أن يعبر الموجب او القابل عن إرادته بنفسه ، فالعقد بغير إرادته لا ينعقد ، ولكن يمكن أن يحل شخص آخر محل المتعاقد ، فيكون نائبا عنه ، يمثله فى التعاقد ويحل ارادته محل ارادته . وهذا النائب ، قد يكون نائبا قانونيا يعينه المشرع بنص قانونى مثل الاب فى ولايته على مال ابنه القاصر ، وقد يكون نائبا قضائيا يعينه القاضى مثل الوصى والحارس والمدير القضائى ، وقد يكون نائبا اتفاقيا يتلقى نيابته من العقد ، كالوكيل (١).

وللنيابة فى التعاقد قواعد عامة نبينها فيما يلى بصرف النظر عن مصدر النيابة : هل هو القانون أم القاضى أم العقد .

١٢٢ـ نصوص قانونية : عالج القانون المدنى المصرى أحكام النيابة فى خمس مواد فينص ، فى المادة ١٠٤ منه على أنه :

" ١ – إذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الاصيل هو محل الاعتبار عند النظر فى عيوب الإرادة أو فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما .

" ٢ – ومع ذلك إذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان

---

(١) مازو : فقرة ١٥٠ ـ ص ١٢٠ .

يعلمها هو او كان من المفروض حتما ان يعلمها (١) .

وينص فى المادة ١٠٥ على أنه:" إذا أبرم النائب فــى حدد نيابتـه عقدا بأسم الاصيل، فإن ما ينشأ عن هذا العقد مـن حقـوق والتزامـات يضـاف إلـى الإصيل (٢) .

وينص فى المادة ١٠٦ على أنه : " إذا لم يعلن العاقد وقت إبـرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبـا فـإن أثـر العقد لا يضـاف إلـى الاصيـل دائنـا أو مدينـا إلا إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معـه النـائب يعلـم بوجـود النيابـة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الاصيل أو مع النائب (٣) .

---

(١) يقابل هذا النص فى التقنينات العربية الاخرى ، مايلى من النصوص :
- فى التقنين المدنى السورى : المادة ١٠٥ مطابقة .
- فى التقنين المدنى الليبى : المادة ١٠٤ مطابقة .
- لا مقابل له فى القانونين العراقى واللبنانى ولكنه يتفق مع القواعد العامة .

(٢) يقابل هذا النص فى التقنينات العربية الاخرى مايلى من النصوص :
- فى القانون السورى : المادة ١٠٦ مدنى مطابقة .
- فى القانون الليبى : المادة ١٠٥ مدنى مطابقة .
- فى القانون العراقى واللبنـانى : لا مقـابل لـه . ولكنـه حكمـه يتفـق مـع القواعد العامة . أنظر السنهورى : الوجيز ـ ص ٦٤ ـ هامش رقم ٢ " .

(٣) يقابل هذا النص فى التقنينات العربيه الاخرى مايلى من النصوص :
- فى القانون السورى المادة ١٠٧ مدنى مطابقة .
- فى القانون الليبى : المادة ١٠٦ مدنى مطابقة .
- فى القانون العراقى : لا مقابل له .
- فى القانون اللبنانى : المادتان ٢٢٣ و ٢٢٤ موجبات وعقود ـ موافقتان

وتنص المادة ١٠٧ مدنى مصرى على انه : " إذ كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة فإن أثر العقد الذى يبرمه حقا كان أو التزاما يضاف إلى الاصيل أو خلفائه (١) .

وتنص المادة ١٠٨ منه على أنه " لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه بأسم من ينوب عنه سواء اكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الاصيل . على أنه يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة (٢) .

---

(١) يقابل هذا النص فى التقنينات العربية الأخرى مايلى من النصوص :
- فى القانون السورى : المادة ١٠٨ مدنى مطابقة .
- فى القانون الليبى : المادة ١٠٧ مدنى مطابقة .
- فى القانون العراقى واللبنانى لا مقابل ، ولكن الاحكام موافقة للقواعد العامة انظر . السنهورى : الوجيز ـ ٦٢ ـ هامش رقم ٢ .

(٢) يقابل هذا النص فى التقنينات العربية الأخرى مايلى من النصوص :
- فى القانون السورى : المادة ١٠٩ مدنى مطابقة .
- فى القانون الليبى : المادة ١٠٨ مدنى مطابقة .
- فى القانون العراقى والقانون اللبنانى ، لا مقابل له .

انظر . السنهورى : الوجيز ـ ص ٦٦ ـ هامش رقم ٢

وينص تقنين الإلتزامات والعقود المغربى فى الفصل ٣٢ منه على أن:"لايحق لأحد أن يلزم غيره ، ولا يشترط لصالحه إلا إذا كانت له سلطة النيابة عنه بمقتضى القانون " .

وفى التقنين المدنى الكويتى جاءت أحكام النيابة فى التعاقد فى المواد من ٥٣ إلى ٦٤ وهى موافقة للنصوص المصرية عامة ويلاحظ ان التصرف الشكلى لا يشترط القانون الكويتى الشكل فى النيابة فيه . وفى التقنين الجزائرى جاءت المواد من ٧٣ إلى ٧٧ موافقه للنصوص المصرية وفى القانون الاردنى المواد ١٦٣ـــ ١٦٨ مدنى موافقة، وفى القانون اليمنى المواد ١٠٨ـ ١١٥ موافقة وفى القانون التونسى المادة ٣٧ التزامات موافقة

١٢٣- لم يكن القانون الرومانى يقر فكرة النيابة فى التعاقد . ومع ذلك كان لابد من الاقرار بعقود تبرم لحساب ناقصى الأهلية . فكان الوصى مثلا عندما يبرم العقد تتصرف آثاره إلى ذمته هو ثم يكون عليه من بعد ان ينقلها إلى القاصر . وفى وقت لاحق أقر القانون الرومانى وجود دعاوى نافعة actions utiles لصالح القاصر ، أو من يتم التعاقد لحسابه . ولم تعرف روما النيابة بمعناها الحقيقى على الاطلاق (١) .

وعلى خلاف ذلك سنرى بعد عرضنا لنظرية النيابة فى القوانين الحديثة أن الشريعة الإسلامية كانت أسبق من القوانين الحديثه إلى تقرير أصول هذه النظرية بأكملها ، بل وسنرى أن القوانين الحديثه مازالت متخلفة عن الفقه الإسلامى فى بعض نواحى هذه النظرية .

١٢٤- شروط تحقق النيابة فى القوانين الحديثه .

والشروط التى تتحقق بها النيابة فى القوانين الحديثه شروط ثلاث : توافر سلطة التمثيل أو إحلال إرادة النائب محل إرادة الأصيل ، والتزام النائب حدود نيابته ، والتعامل بأسم الأصيل لا بأسم النائب . واليك تفاصيلها :

---

(١) ويل وتريه : فقرة ٧٩ ـ ص ٨٧ ـ ص ٧٩ . وكان بوتييه فى ظل القانون الفرنسى القديم يرد النيابة إلى افتراض قانونى ، فيفترض أن الأصيل هو الذى أبرم العقد . كذلك ذهب سافينى إلى أن النائب ينقل إرادة الأصيل .

انظر : اسماعيل غانم ـ المصادر فقرة ٧١ ـ ص ١٥٢ .

١٢٥- أولا : سلطة التمثيل أو إحلال إرادة النائب محل إرادة الأصيل:

ـ فالنائب لا يعبر عن إرادة الأصيل بل عن إرادته هو. وهذا هو الفرق بين النائب والرسول فالرسول كما عرفنا ينقل إرادة من ارسله كما هى ، ولا يدخل إرادته هو فى التعاقد اطلاقا . ويستتبع ذلك فوارق هامة :

١- فمن حيث الأهلية لا يلزم توافر أى قدرمن الأهلية فى الرسول ، فيمكن أن يكون عديم التمييز مادام ينقل الإرادة (الرسالة) نقلا ماديا فقط . أما النائب فيلزم أن يكون على الأقل مميزا حتى يمكنه أن يعبر عن إرادته .

٢- ومن حيث عيوب الإرادة لا ينظر فيها إلى إرادة الرسول بل ينظر إلى إرادة المرسل . أما فى حالة النيابة فإن إرادة النائب تحل محل إرادة الأصيل ومن ثم يجب النظر إلى إرادة النائب عند النظر فى عيوب الإرادة فإذا كانت إرادته معيبة كان العقد قابلا للإبطال ولو كانت إرادة الأصيل سليمة لم يلحقها عيب .

٣- ومن حيث حسن النيه أو سوئها : لا ينظر إلى نية الرسول حسنة هى أم سيئة بل ينظر إلى نية مرسله ، أما فى حالة النيابة فمادامت إرادة النائب هى موضع الاعتبار وهى التى تحل محل إرادة الأصيل فينظر عند اللزوم إلى إرادة النائب حسنة كانت أم سيئة . فإذا كان النائب يشترى من بائع معسر بالتواطؤ معه للإضرار ، كان للدائنين أن يطعنوا فى عقد البيع بالدعوى البوليصية ولو كان الأصيل حسن النية (١) .

---

(١) السنهورى : الوجيز ـ فقرة ٦٢ ـ ص ٦٠ والهامش رقم ٢ بها .

غير أن هذا المبدأ ترد عليه بعض الإستثناءات :

١- فإذا كان النائب وكيلا يتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من الموكل فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتما ان يعلمها .

٢- أن اهلية التعاقد يجب توافرها فى الأصيل لا فى النائب إذا كانت النيابة إتفاقية ، لأن آثار العقد ستتصرف إلى ذمة الأصيل ، فلابد وأن تتوافر فيه الأهلية الكافية للإلتزام الذى سينشأ عن العقد . اما النائب فيكفى فيه التمييز (١) والعبرة هنا بأهلية الموكل وقت إبرام التصرف بواسطة النائب اما النيابة القانونية فالغالب فيها أن يكون الأصيل ناقص الأهلية ومن أجل ذلك يقيم له القانون ممثلا ، أو نائبا ، ولهذا يجب أن يكون النائب هنا كامل الأهلية ليتمكن من رعاية مصلحة القاصر .

١٢٦- **ثانيا : التزام النائب حدود نيابته :** فسلطة النائب إنما يحددها المصدر الذى يستمد منه نيابته ، فالنيابة القانونية يرسم القانون حدودها والنيابة القضائية قد يحدد القاضى مداها وقد يتولى القانون كذلك تحديدها . والنيابة الإتفاقية يحدد عقد الوكالة فيها مدى سلطة الوكيل ، وعلى النائب فى جميع هذه الحالات أن يلزم الحدود المرسومة له .

---

(١) طبق المشرع المغربى هذه القاعدة على عقد الوكالة فى الفصل ٨٨٠ من تقنين الإلتزامات والعقود .

فإذا تجاوز النائب حدود نيابته ، فإنه يفقد صفته كنائب ، ولا تنتج آثار تصرفه فى ذمة الاصيل بل تترتب فى ذمته هو (١) . ومع ذلك فإن القضاء الفرنسي يجعل الموكل مسئولا فى بعض الاحيان عن تصرف وكيله ، بناء على فكرة " الظاهر l'apparence استنادا إلى أن الموكل وقد اختار وكيله يتحمل ما يصدر عن وكيله من خطأ فى اختياره ، او استنادا إلى أن تعيينه لهذا الوكيل قد أوجد لدى الغير مظهرا ما كان الا لينخدع به ، ويصدق ادعاءاته ، وذلك تطبيقا للقاعده الرومانية : الخطأ الشائع ينشى الحق error communis facit jus ولكن يجب دائما أن يكون من تعامل مع النائب حسن النية ، وأن يكون قد اتخذ الاحتياطات الكافية بحيث لا يمكن أن ينسب إليه أى تقصير (٢) .

فالمجال الحقيقى لفكرة الظاهر هنا هو النيابة الاتفاقية ، إذلا تثور مسألة

---

(١) ويستثنى القانون المصرى من هذه القاعدة حالتين ينفذ فيهما تصرف النائب فى حق الأصيل : إذا كان الغير الذى تعامل معه لا يعلم بتجاوز حدود النيابة وكانت لديه أسباب للإعتقاد بأن النائب لم يجاوزها ، وهاتان الحالتان هما :حالة ما إذا انقضت النيابة ولكن النائب ومن يتعاقد معه كانا يجهلان انقضاءها فإن آثار تصرفهما تنصرف إلى الاصيل رغم انقضاء النيابة . والثانيه حالة ما إذا خرج الوكيل عن حدود الوكالة وكان من المستحيل عليه أن يخطر الموكل سلفا ، وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان الا ليوافق على هذا التصرف ويجب عليه أن يبادر بأبلاغ الموكل بخروجه عن حدود الوكالة (المادة ٧٠٣ مدنى مصرى) . وانظر أيضا الفصل رقم ٩٣٤ والفصل رقم ٩٣٩ من تقنين الإلتزامات والعقود المغربى بخصوص الغاء الوكالة أو وفاة الموكل أو إفلاسه أو نقص أهليته الطارىء .

(٢) مازو : فقرة ١٠١ـ ص ٢٢٠ ـ ص ١٢١، ويل وتريه: فقرة ٨٢ ص ٨٢ .

الظاهر فى النيابة القانونية ، ويحدد بعض الفقهاء مجالها كذلك بالحالات التى تنقضى فيها النيابة ومع ذلك يبرم النائب عقدا ، أو حالة غموض عبارات التوكيل ، أو كون العقد الذى ابرمه النائب من العقود التى تدخل عادة فى سلطات مثله . ومن تطبيقات النيابة الظاهرة المادة ٣٣٢ مدنى مصرى التى تقول " ويعتبر ذا صفة فى استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن"، ويماثلها الفصل ٢٣٩ من تقنين الإلتزامات والعقود الذى يقول : " من قدم توصيلا أو ابراء من الدائن أو سندا يأذن له بقبض ما هو مستحق له افترض فيه أنه مأذون فى استيفاء الإلتزام ما لم يكن المدين فى واقع الأمر قد علم او كان عليه ان يعلم أن لا حقيقة لهذا الاذن"، فمن يستوفى الدين يفترض فيه أنه هو النائب الظاهر عن الدائن وتبرأ بذلك ذمة المدين (١) .

١٢٧ - ثالثا : تعامل النائب بأسم الأصيل ولحسابه : قد يقوم النائب بأعلان نيابته مفصحا عن شخصية الاصيل ، وقد يكون مفهوما ضمنا من ظروف الحال أنه نائب عن الأصيل دون أن يعلن هو عن ذلك (٢) فمن يبيع للزبائن فى المحل التجارى ينوب عن صاحب المحل ، وعندئذ تنتج آثار العقد فى ذمة الأصيل وتكوين النيابة كاملة parfaite أو مباشرة .

---

(١) اسماعيل غانم : المصادر فقرة ٨٧ ـ ص ١٦٥ ـ ص ١٦٧ .

(٢) وقد رأينا فى نصوص القانون المصرى أنه يضيف إلى ذلك اعتبار النيابة قائمة ومنتجة آثارها فى ذمة الوكيل : إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو مع النائب (المادة ١٠٦ مدنى مصرى) .

ولكن قد لا يعلن النائب عن نيابته ولا تدل على ذلك ظروف الحال ، وإنما يتعامل بأسمه هو ، وعندئذ لا تضاف آثار العقد إلى الموكل بل تبقى فى ذمة النائب ويكون ذلك عادة فى حالتين :

الأولى : حالة الاسم المستعار prête-nom أو الاسم المسخر حيث يستخدم شخص شخصا آخر فى التعاقد لحسابه دون أن يكون التعاقد بأسمه ، حتى لا يعرف الطرف الآخر بشخصيته . وقد يتخذ الاسم المستعار لتحقيق غرض مشروع كما إذا أراد شخص شراء عمارة ولكنه يخشى أن يطمع البائع فى ثمن مرتفع إذا تقدم هو شخصيا للشراء ، ولذلك يكلف شخصا آخر بأن يتعاقد لحسابه على شرائها دون أعلام البائع بشخصية المشترى الحقيقية فيكون هذا الشخص اسما مستعارا للمشترى الحقيقى . ومثل هذا الغرض مشروع .

ولكن قد يتخذ الاسم المستعار لغرض غير مشروع أو مخالف للقانون (١) ، كما إذا كانت العمارة محلا لنزاع قضائى ، وأراد أحد قضاة المحكمة المطروح امامها النزاع شراءها ، ولما كان ذلك ممنوعا عليه قانونا ، فإنه يسخر شخصا آخر للقيام بذلك لحسابه ، فلا يظهر هو فى عقد البيع كطرف . وإنما يقوم الاسم المسخر بنقل ملكية العمارة إليه بعد أن يشتريها واتخاذ الاسم المستعار هنا يكون لغرض غير مشروع .

---

(١) ويل وتريه : فقرة ٨٠ ـ ص ٧٩ ـ ٨٠ .

الثانية : حالة الوكيل بالعمولة Le Commissionnaire وهو شخص يتعاقد بأسمه ولحسابه . ويظهر امام الغير بأنه هو الاصيل ، ولكن يوجد عقد وكالة بالعمولة بينه وبين الاصيل لا يعلم به الغير الذى يتعامل مع الوكيل . وبمقتضى هذا العقد ينقل الوكيل بالعمولة إلى الاصيل آثار العقد: حقوقه والتزاماته ويحصل على العمولة المتفق عليها . وتعتبر النيابة هنا ناقصة أو غير مباشرة (١) .

١٢٨- **الطبيعة القانونية للنيابة** : قيلت فى تكييف النيابة نظريات عديدة منها :

١- نظرية إرادة الاصيل : ينعقد التصرف بإرادة الاصيل التى نقلها النائب وعيب هذه النظرية أنها لاتصلح إذا كان الاصيل عديم الإرادة .

٢- نظرية إرداة النائب : تقول أن التصرف ينعقد بإرادة النائب لأنه ينفصل عن الاثر الذى ينصرف إلى الاصيل . وقد اخذ على هذه النظرية انها لا تبين سبب هذا .

٣- نظرية اشتراك الإرادتين وهى تفرق بين ثلاث حالات : حالة يعتد فيها بإرادة الاصيل وذلك عندما يكون ممثله رسولا ، وحالة يعتد فيها بإرادة النائب فقط إذا اقتصر الاصيل على بيان التصرف وترك للنائب حرية تقدير مضمونه . وحالة يعتد فيها بالإرادتين عند التزام النائب بتعليمات معينة وترك

(١) كاربونييه : فقرة ٢٥ ص ١٧٨ ويل وتريه فقرة ٨٠ ص ٨٠ .

الحرية له فيما عداها (١) .

١٢٩- آثار النيابة :

تترتب على النيابة آثار قانونية في علاقات متعددة ، فهناك آثار في علاقة النائب بالغير ، وفي علاقته بالاصيل ، وفي علاقة الاصيل بالغير :

أولا : علاقة النائب بالغير :

رغم أن النائب تظهر إرادته في العقد إلا أن الآثار تنتج في ذمة شخص آخر وهذه هي العقبة التي توقف عندها القانون الروماني فلم يستطع أن يتصور ان تتعلق آثار العقد بغير من ابرمه . وحتى الفقه التقليدي ذي النزعة الفردية لم يستطع أن يصور هذا الوضع على أنه حقيقة بل أخذه مأخذ المجاز Fiction . اما النظريات الاجتماعية الحديثة فهي تأخذ وضع إراده النائب أساسا لانعقاد العقد على أنه حقيقة لا مجاز ، ومن ثم أمكن تصور النظر في عيوب الإرادة وسوء النية في شخصه ، وأمكن الحاق الإلتزامات والحقوق والأهلية المتطلبة لها بالاصيل (٢) .

ثانيا : علاقة النائب بالاصيل :

تخضع هذه العلاقة للمصدر الذي أنشأ النيابة ، فالنيابة القانونية يحدد القانون آثارها ، والنيابة القضائية يحدد آثارها الحكم الذي أنشأها أو القانون ،

---

(١) انور سلطان : فقرة ٣٦ ـ ص ٣٨ وهو يرجح النظرية الأخيره .
(٢) ويل وتريه : فقرة ٨٢ ص ٨٢ ـ ٨٣ .

والنيابة الإتفاقية تخضع لحكم عقد الوكالة الذى أنشأها .

وقد رأينا أن النائب إذا خرج عن حدود نيابته لم يلتزم الاصيل بتصرفه ، بل يتحمل به هو ، إلا فى حالات الوكالة الظاهرة التى بينا شروطها فى الفقه الفرنسي . على أن الموكل قد يقر تصرف الشخص الذى لم تصدر إليه منه وكالة أو يجيز تصرف وكيله الذى زاد عما هو محدد له فى عقد الوكالة . وبذلك ينفذ التصرف فى حق الأصيل فيتمتع بالحقوق ويلتزم بالإلتزامات الناشئة عنه ويجوز للاصيل تقييد النيابة بجعلها مضافة لأجل او معلقة على شرط كما يجوز ان يقيدها بشرط كأن يشترط انها لا تسرى فى حقه إلا إذا كان التصرف مكتوبا . وقد يكون القيد واردا فى القانون كما هو الحال فى المادة ٧٠١ مدنى التى لا تجعل للوكالة العامة أثرا إلا فى اعمال الإدارة (١) .

وينتج الاقرار أثره فى حق المقر فيما يرتبه له وعليه من وقت إبرام العقد الذى حصل إقراره ما لم يصرح بغير ذلك ، ولا يكون له أثر تجاه الغير إلا من يوم حصوله (٢) .

ثالثا : علاقة الاصيل بالغير :

يترتب على النيابة أن الاصيل والغير هما طرفا العقد ، تتعلق بذمة كل منهما ما يخصها من الحقوق والإلتزامات المترتبة عليه ، ولكل منهما تجاه

---

(١) انور سلطان فقرة ٢٧ ـ ص ٣٢ .
(٢) عبد المنعم حسنى : الموجز فى النظرية العامة للالتزام – ص ١٧ .

الآخر دعوى ناشئة عن العقد يطالبه بمقتضاها بتنفيذه ، أما النائب فيختفى بمجرد إتمام العقد (١) .

١٣٠- التعاقد مع شخص اعتبارى : عندما يقع التعاقد مع شخص اعتبارى عام أو خاص فإذا كان هذا الشخص ممثلا فى التعاقد بنائبه القانونى اعتبر التعاقد حاصلا بين حاضرين أما إذا كان الايجاب قد تم تسليمه لاحد موظفى الشخص الاعتبارى فإن العقد لا يتم إلا بقبول الممثل القانونى ويعتبر تعاقدا بين غائبين وقد تكون سلطة القبول لشخص وسلطة التصديق لغيره فيعتبر القبول معلقا على شرط واقف هو حصول التصديق وبدونه لا يوجد العقد (٢) .

١٣١- تعاقد الشخص مع نفسه La contrat avec soi-même
قد يعهد شخص إلى وسيط بأن يبيع له عقارا ، ويعهد شخص آخر إلى نفس الوسيط بأن يشترى له عقارا . فيكون الوسيط وكيلا عن كل من البائع والمشترى إذا وكله كل منهما . وقد يرى إتمام هذه الصفقة بأن يتعاقد عن الجانبين على بيع عقار الأول إلى الثانى ، ولما كان هو الممثل للطرفين ، فهو يتعاقد مع نفسه لأن إرادته تحل محل إرادة الطرفين طبقا للمبدأ الذى أسلفنا بيانه . وقد يرى الوسيط أن يشترى لنفسه العقار ، فيكون متعاقدا بصفته أصيلا عن نفسه ، وبصفته نائبا عن البائع .

---

(١) السنهورى : فقرة ٦٧ ، ص ٦٤ .
(٢) عبدالفتاح عبدالباقى : فقرة ٧٣ ـ ص ١٥٥ ـ ١٥٧ .

ويمكن القول ابتداء أن النيابة إذا صدرت بصيغة عامة غير مقيده من حيث شخص المتعاقد الآخر إلا أنها تتضمن قيدا ضمنيا فيما يتعلق بشخص النائب ان يكون هو العاقد الآخر (١) .

وقد اختلفت التشريعات في شان اباحة او تحريم اتفاق الشخص مع نفسه ولم يثبت له التحريم المطلق أو الاباحه المطلقة بل أوردت على هذا او ذلك من القيود ما جعل الوضع النهائى متقاربا فيها جميعا . فالقانون الالمانى والقانون المصرى يأخذان بمبدأ التحريم ، والقانون الفرنسى والقانون السويسرى يأخذان بمبدأ الاباحه ، ثم ترد القيود هنا وهناك على التحريم أو الاباحة ، القانون المصرى يجعل تعاقد الشخص مع نفسه غير جائز إلا إذا وافق عليه الاصيل باجازة سابقه أو لاحقه على التصرف . ويقرر أنه إذا قضت بغير ذلك قواعد التجارة (كما فى جواز تعاقد الوكيل بالعموله نيابه عن الطرفين) ، أو قضى بغير ذلك القانون (كما فى أجازة القانون أن يتعاقد الاب مع نفسه بأسم أبنه القاصر) فإن تعاقد الشخص مع نفسه يباح (٢) والقانون الفرنسى يبيح كقاعدة تعاقد الشخص مع نفسه الا ان يوجد نص قانونى يمنع من ذلك كما هو الشان فى المادتين ٢/٤٥٠ و١٩٥٠مدنى فرنسى التى تمنع الوصى من شراء مال القاصر أو البائع الخاضع للوصاية (٣) .

ويدعو إلى تقييد تعاقد الشخص مع نفسه اعتبارات لها اهميتها : فهناك دائما تعارض فى المصالح ، فإذا ناب شخص عن البائع والمشترى مثلا ،

---

(١) انور سلطان : فقرة ٢٦ ـ ص ٣١ .
(٢) السنهورى : الوجيز فقرة ٦٩ ص ٦٦ .
(٣) ويل وتريه : فقرة ٩٠ ص ٨٩ ص ٩١ .

فإن مصلحة البائع تقتضى أن يبيع بأعلى ثمن ممكن ، ومصلحة المشترى تقتضى أن يشترى بأقل ثمن ممكن ، فإذا حقق مصلحة الاول أهدر مصلحة الثانى وإذا حقق مصلحة الثانى أهدر مصلحة الاول . ومثل ذلك يقال بالنسبة للوسيط الذى يريد أن يشترى لنفسه مال موكله (١) .

---

(١) فى القانون المغربى لا يوجد قاعدة فى هذا الموضوع ؛ ولكن توجد فى كتاب الاهلية والنيابة الشرعية من مدونة الاحوال الشخصية قيود لمصلحة ناقص الاهلية على تعامل ممثله مع نفسه ؛ فالمدونة لا تجيز ذلك ، فالفصل ٢/١٥٨ لا يجيز اقتراض الوصى أو المقدم لمال القاصر إلا بإذن القاضى ، وكذا استئجاره اموال القاصر لنفسه أو ايجارها لزوجته أو لامه أو لابيه أو لاخيه او لصهره أو لمن يكون الوصى آو المقدم نائبا عنه (الفصل ١١/١٥٨) . والفصل ١٦١ يمنع الوصى والمقدم من شراء أموال القاصر لنفسه إلا ما كانت فيه مصلحه ظاهرة للقاصر ، ويضيف الفصل ١٦٢ أنه " إذا أذن القاضى الوصى او المقدم فى العقد لنفسه على شىء من أموال القاصر لموافقة المصلحه له وجب تعيين من يقوم مقام القاصر ليقبل عنه ويحافظ على مصلحته مع الوصى أو المقدم المتعاقد معه " . وفيما عدا القيود التى ترد بنص قانونى كما رأينا فانه يجب فى القانون المغربى النظر فيما إذا كان يجوز أم لا يجوز تعاقد النائب من نفسه .

فالمسألة تحتمل الخلاف : إذ يمكن أن يقال أن هذه القيود التى وردت فى نصوص خاصة انما هى استثناءات من مبدأ عام يبيح تعاقد الشخص مع نفسه ، ويمكن أن يقال كذلك أن هذه النصوص تطبيقات لمبدأ عام يحرم تعاقد الشخص مع نفسه ، ويمكن أن يقال اخيرا ان المشرع المغربى لم يضمر مبدأ معينا يصدر عنه تحريما او تحليلا ، وانما هو قد سكت عن وضع قاعده عامة للنيابة فى التعاقد ، فتبقى المسألة محلا للإجتهاد . ونحن نرى انه إذا اعتبرنا المشرع المغربى سكت عن حكم المسألة فإن الاجتهاد يقضى بتحريم تعاقد الشخص مع نفسه لما هو ظاهر من تعارض المصالح . وإذا اعتبرنا المشرع المغربى يصدر عن فكرة معينه أضمرها وعلينا أن نستخلصها من مسلكه ، فإننا نعتبر الفكره التى اضمرها أيضا هى تحريم تعاقد الشخص مع نفسه لأن هذا هو الأقرب للمنطق ، وما النصوص المتعلقة بالنيابة الشرعية الا تطبيقات مختلفه لهذه القاعدة العامة ، وسنرىأن هذا هو حكم الفقه الاسلامى .

١٣١- النيابة فى الشريعة الاسلامية (١) :

يرى بعض الفقهاء ان الفقه الاسلامى لم يتناول نظام النيابة داخل اطار نظرية عامة ولكنه عنى بتطبيقين لها هما الولاية على مال عديمى الأهلية وناقصيها والوكالة (٢) . ولكن بناء على تحليل بعض الفقهاء لنصوص الفقه الاسلامى القديمة ثبت أن شروط نظرية النيابة كما هى معروفة فى القوانين الحديثة سبق أن قررها الفقه الاسلامى منذ القدم : فإرادة النائب تحل محل إرادة الاصيل بمقتضى سلطة النيابة . وعليه أن يمارس النيابة فى الحدود المرسومة لها سواء كانت قانونية أو قضائية أو اتفاقية . ويجب أن يتعامل النائب بأسم الاصيل . ويميز الفقه الاسلامى بين وضع النائب ووضع الرسول على التفصيل المتقدم .

والعبرة فى الفقه الاسلامى بأهلية الأصيل لا النائب . وإذا تجاوز النائب حدود نيابته لا ينفذ عمله فى حق الاصيل إلا إذا أجازه هذا الأخير والاجازه تصرف قانونى صادر من جانب واحد ، ولها أثر رجعى ، وتعتبر الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة . أما إذا كان النائب قد تعاقد دون علم بان الاصيل قد عزله أو بأن الاصيل قد مات ، فإن تصرف النائب ينفذ فى حق الاصيل أو ورثة الاصيل . وإذا تعامل الوكيل بأسم الموكل فهو يضيف العقد إلى الموكل ، وتكون النيابة كامله وتترتب أثار العقد فى ذمة الموكل ، أما

---

(١) انظر فى الموضوع بحثا مستفيضا ومفيدا للدكتور عبدالرزاق السنهورى رحمه الله فى الجزء الخامس من كتابه مصادر الحق فى الفقه الاسلامى من صفحة ١٦٣ إلى صفحة ٢٦٤ .

(٢) عبدالفتاح عبدالباقى : ص ٢١٦ ـ هامش رقم ٢ .

الموكل ، أما إذا تعامل الوكيل بأسمه واضاف العقد إلى نفسه فإن النيابة تبقى قائمة وينصرف حكم العقد إلى الموكل لا إلى الوكيل ، ويبقى تحديد مصير حقوق العقد ، وفى هذه اختلفت المذاهب : فالحنفية يصرفون حقوق العقد إلى الوكيل والشافعية والحنابله يصرفونها إلى الموكل والمالكية يصرفونها إلى الوكيل إلا إذا أشترط الوكيل انصرافها إلى الموكل او كان العاقد الآخر يعلم بوجود الوكالة (١) .

اما تعاقد الشخص مع نفسه ، فهو غير جائز فى الفقه الاسلامى ، ولكن إذا كان بإذن من الموكل فهناك إختلاف حول جوازه فالحنفية لا يجيزونه ولو بإذن الموكل ، والحنابلة والمالكية يجيزونه ، اما الشافعية فقد حكى عنهم الرأيان (٢) .

وبمقارنة الفقه الاسلامى بالفقه الغربى فى نظرية النيابة يتبين لنا :

أولا : أن الفقه الاسلامى قد سبق الفقه الرومانى بمراحل بعيدة فى تأصيل نظرية النيابة ، فالقانون الرومانى وقف عند حدود الرسالة لا يتعداها إلى النيابة .

أما الفقه الاسلامى فقد توصل إلى صرف حكم العقد وحقوقه إلى الموكل عند ما يضاف العقد إليه وتكون النيابة كاملة .

---

(١) السنهورى : مصادر الحق ج ٥ ص ٢٥٨ ـ ٢٦١ .
(٢) السنهورى : مصادر الحق ج ٥ ص ٢٦٢ .

وثانيا : أن الفقه الاسلامى قد سبق الفقه الغربى الحديث فى تأصيله لنظرية النيابة ، وليس هذا السبق سبقا زمنيا فحسب ، بل أن الفقه الغربى ما زال إلى اليوم متخلفا عن الوصول إلى مدى التطور الذى بلغه الفقه الاسلامى . وبيان ذلك أن الوكيل إذا تعامل بأسمه الشخصى ، وكان الطرف الآخر لا يعلم بوجود الوكالة ولم يكن يستوى لديه أن يتعامل مع الوكيل او مع الموكل ، فإن الفقه الغربى لا يسمح باضافة حكم هذا العقد إلى الموكل بل يبقى حكم العقد منصرفا إلى الوكيل . وليست هناك ضرورة حقيقية تدعو إلى ذلك . أما الفقه الاسلامى فقد صرف حكم العقد إلى الموكل وصرف حقوقه فى بعض مذاهبه إلى الوكيل ولما كانت حقوق العقد هى التى تعنى الطرف الآخر فقد قضى الفقه الاسلامى حاجة الضرورة بأن جعل حقوق العقد تنتج فى ذمة الوكيل الذى تعامل معه الغير باعتباره الأصيل ، فسبق الفقه الاسلامى بذلك الفقه الغربى .

وعندما يتعامل الوكيل بأسمه أى يضيف العقد إلى نفسه ، فإن المذاهب تختلف فى إضافة حقوق العقد إليه أو إلى الموكل : فالمذهب الحنفى يلزم جانب الحذر والاحتياط ولا يصرف حقوق العقد إلى الموكل بل يصرفها إلى الوكيل ، وبذلك لا يترك المذهب الحنفى مجالا لحكم آخر فى حالة ما إذا كان العاقد الآخر يعلم بوجود الوكالة ، او فى حالة ماإذا كان الوكيل سوف يصرح للعاقد الآخر ببراءته من حقوق العقد ، فتنتج فى ذمة الموكل ، فعند الحنفية تكون إضافة الوكيل العقد إلى نفسه وضعا ماديا ، ينتج أثره القانونى مجردا عن الظروف والملابسات الذاتية ، وعلى عكس هذا المذهب يذهب الشافعية والحنابلة إلى أن حقوق العقد ترجع إلى الموكل. وفى هذا ترخص كثير، لأن

العاقد الآخر قد لا يعلم بالوكالة ويعتمد على شخص الوكيل، اما مذهب مالك فقد سلك طريقا وسطا بين المذاهب ، فصرف حقوق العقد إلى الوكيل دون الموكل " فأرضى بذلك جانب التحوط حتى لا يفاجأ العاقد الآخر بتعامله مع الموكل وهو شخص لم يعرفه وقد لا يطمئن إلى التعامل معه ، ولكنه استثناء صرف هذه الحقوق إلى الموكل إذا صرح الوكيل بالبراءة منها او إذا علم العاقد الآخر بوجود الوكالة ، فأرضى بذلك جانب الترخص، وهذه هى الغاية فى السداد " (١) ومازال الفقه الغربى لم يصل إلى هذا المدى من التطور .

المبحث السادس
التعاقد بطريق المزاد

١٣٣- نص قانونى :

تنص المادة ٩٩ مدنى مصرى على أن " لا يتم العقد فى المزايدات إلا برسو المزاد ، ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلا " (٢) .

---

(١) السنهورى : مصادر الحق ج ٥ ص ٢٦٣ ـ ٢٦٤ .

(٢) توافق هذه المادة المادة ٧٨ مدنى كويتى . وقد تضمنت المادة ٧٩ منه حكما آخر لحالة المزايدات التى تجرى داخل مظروفات إذ " يسقط عطاء المتزايد بعطاء افضل " ويكون للداعى إلى المزاد أن يقبل من بين العطاءات المقدمة ما يراه أصلح وذلك ما لم يتضح غير ذلك من قصد المتعاقدين أو ينص القانون بخلافه " أما التقنينات العربية الآخرى فالمادة ١٥٩ مدنى اردنى موافقه والمادة ١٠٣ مدنى يمنى موافقة . والمادة ٣٢ من تقنين الالتزامات والعقود المغربى تنص على ان : " اقامة المزايده تعتبر دعوة للتعاقد وتعتبر المزايده مقبوله ممن يعرض الثمن الأخير ويلتزم هذا العارض بعرضه إذا قبل البائع الثمن المعروض " . وفى قانون الالتزامات التونسى المادة ٣٦ موافقة .

أن أغلب العقود تتم بطريق الممارسة والمساومة بين الطرفين . وكلما ساوم أحد الطرفين وعدل من الإيجاب الذى يقدمه الطرف الآخر ، سقط ذلك الايجاب ويعتبر العرض المعدل ايجابا جديدا ، وتظل مرحلة المفاوضة والمساومة تتضمن إيجابات متساقطه واحدا وراء الآخر إلى أن يستقر رأى الطرفين على مضمون محدد لإتفاقهم فينعقد العقد على ذلك .

غير أن بعض العقود تتم بطريق الاعلان عن مزايدة يتقدم إليها من يريد ليدلى بأعلى سعر يراه . ويتم ذلك فى البيوع الجبرية التى تتم تحت إشراف القضاء تنفيذا على أموال المدين او تتم عن طريق الإدارة كما تفعل مصلحة الضرائب أو الجمارك . وقد يتم المزاد فى البيوع الاختيارية فيعلن تاجر عن بيع بعض السلع بالمزاد . وليست البيوع هى المجال الوحيد للمزايدة بل أن التأجير قد يقع بطريق المزاد .

والمبدأ المقرر فى التعاقد بطريق المزاد هوان الاعلان عن المزاد ليس إيجابا بل هو مجرد دعوة للتعاقد . اما الإيجاب فهو العرض الذى يتقدم به أحد المزايدين ، وكل إيجاب يسقط بتقديم عرض او عطاء يزيد عليه . تنتهى المزايدة بعرض لايزيد أحد عليه فيعلن صاحب المزايدة عن ارساء المزاد على صاحب هذا العرض ، وارساء المزاد هو القبول الذى ينعقد به العقد ، اما إذا لم يعلن صاحب المزايدة ارساء المزاد على صاحب العرض الاخير ، فمعنى ذلك أن هذا الثمن لم يعجبه ، ولا يلزم بإرساء المزاد ولا ينعقد العقد ، وتنتهى المزايدة بغير تعاقد .

وإذا كان أحد العطاءات باطلا لسبب من الاسباب كأن يكون من تقدم به عديم الاهلية أو ممنوعا من التعاقد بنص قانونى كالقاضى فى الاموال المتنازع عليها فى دائرة اختصاصه ، فإن العطاء الباطل يسقط العطاء السابق عليه ، فرغم بطلان العطاء الاخير كتصرف قانونى إلا أنه يسقط العطاء السابق باعتباره واقعة مادية لا باعتباره تصرفا قانونيا .

١٣٤- التعاقد بطريق المزاد فى الفقه الاسلامى أو " بيع من يزيد " : وهو جائز ولا غبار عليه دينا وعلى الاخص بالنسبة إلى البيع ما لم تكن المزايدة صورية قصد بها التواطؤ على رفع الثمن وهو ما يسمى بالنجش (١) وسيأتى الكلام عنه . ويفرق الفقه الاسلامى بين بيع المستام وبيع من يزيد .

فبيع المستام هو أن يساوم الرجل على سوم أخيه ، فإذا كان مشتريا عرض على البائع ثمنا أكثر من الذى اشترى به المشترى الاول ، وإذا كان بائعا أو عز إلى المشترى من البائع الاول بانه سيعطيه نفس السلعة بثمن أقل أو سلعة أجود بنفس الثمن .

وهذا البيع مكروه وقد نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله : " لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه " . والنهى لمعنى فى غير البيع وهو الإيذاء ، فكان البيع مشروعا ولكنه يكره . وهو يكره إذا كان البيع الأول قد تم، ولكن بقى لاحد الطرفين خيار مجلس أو خيار

---

(١) عبدالفتاح عبدالباقى : فقرة ٩٤ ـ ص ٢٠٣ ـ ٢٠٤ .

شرط ، أو كان البيع لم يتم نهائيا ولكن كلا من المتعاقدين ركن إلى الآخر وهما باتمام البيع فدخل المستام بينهما (١) .

أما بيع من يزيد ، فهو جائز وليس مكروها ، لانه لا يتضمن إيذاء لاحد إذ يفترض أن البيع لم يتم عند التقدم بكل عطاء طالما أن البائع لم يرس المزاد على صاحب العطاء ، اما إذا أرسى البائع المزاد علىاحد المزايدين فلا يقبل أى عطاء يقدم بعد ذلك . ويعتبر الإيجاب هو العطاء الذى يعرضه المزايد ، والقبول هو أرساء المزاد عليه ، ولا يلزم البائع بان يقبل أعلى عطاء ، فقد يرى أن هذا الثمن أقل مما يطلب . فلا يبيع أى لا يرسى المزاد . وقد يأخذ بالعطاء الاقل لأنه لا يثق فى صاحب العطاء الاعلى . ولكن من ناحية التأصيل الفقهى قد لا يتيسر ذلك للبائع إذا أخذنا براى من يقول بأن العطاء السابق يسقط بالعطاء اللاحق الذى يزيد عليه ، وهو أحد رأيين فى مذهب مالك ويتفق مع التقنينات الحديثةاما الرأى الآخر فيجعل المزايد ملتزما بعطائه ولو تقدم أحد بعطاء يزيد عليه ، ويظل ملتزما إلى أن ينتهى مجلس المزايدة أو مجلس المناداة . بل أن التزامه قد يمتد إلى ما بعد انقضاء مجلس المناداة إذا جرى بذلك العرف فى الاسواق وما لم يتفق الاطراف على غير ذلك (٢) .

---

(١) السنهورى مصادر الحق ج ٢ ص ٦٣ ـ ٦٥ . وتنص المادة ٢٤٤ من مجلة الأحكام الشرعية على أنه : " لا يصح عقد على عقد مسلم فيبطل بيعه على بيعه وشراؤه على شرائه ".

(٢) السنهورى : مصادر الحق ج ٢ ص ٦٥ ـ ٧١ ، عبدالفتاح عبدالباقى : فقرة ٩٤ ـ ص ٢٠٤ .

وهناك صورة تقع عملا هى " النجش " وهو ان يتوطأ البائع مع مزايد صورى يتقدم المزايدة بعطاءات مرتفعة ليزيد عليه الاخرون فيتورطوا فى دفع ثمن أعلى . أو أن يتفق مشتر مع منافسيه على أن يتخلوا عن المنافسة فى مقابل جعل معين وقد نهى عنه النبى صلى الله عليه وآله وسلم . ولكن الفقهاء يفرقون بين ما إذا كانت السلعة قد بلغت قيمتها ووقع النجش فإنه يكون مكروها لأن الزياده التى ستدفع تعتبر ظلما ، أما إذا لم تكن السلعة قد بلغت قيمتها ، ووقع النجش فهو جائز لأنه نفع مسلم من غير أضرار بغيره ولا يعتبر ذلك من قبيل الاستيام .

المبحث السابع
عقود الاذعان

١٣٥- نصوص قانونية : جاءت احكام عقد الاذعان Le contrat d'adhésion (ويرجع الفضل فى هذه التسمية إلى المرحوم السنهورى) فى ثلاث مواد متفرقة من المجموعة المدنية ، وهذا نصها :

المادة ١٠٠ : " القبول فى عقود الاذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها " .

المادة ١٤٩ : " إذا تم التعاقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضى ان يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها

وذلك وفقا لما تقضى به العدالة . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " .

المادة ١٥١ : " ١ – يفسر الشك فى مصلحة المدين .

" ٢ – ومع ذلك لا يجوز ان يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن " (١) .

ان الوضع الطبيعى للتعاقد أن تكون هناك مفاوضات بين الاطراف تدور فى حرية تامة ويعدل فيها كل طرف موقفه بما يتفق مع مصالحه . فإذا كان التعاقد لا يتم بهذه الطريقة وانما يفرض احد الطرفين على الآخر شروطا لا يقبل المناقشة فيها فإن بعض الفقهاء يتشكك فى الصفة التعاقدية لهذا العمل مثل ديجى وسالى وغيرهم والبعض الآخر يرى ان العقد ينعقد فى هذه الحالة رغم تفاوت مركز الطرفين وان كان الامر يدعو إلى احاطة الطرف الضعيف بمظاهر للحماية القانونية تقوى مركزه ومن هؤلاء الفقهاء دى لوبادير وكابيتان وغيرهم ، ويسمى العقد لذلك بعقد الانضمام أو عقد الاذعان (٢) .

---

(١) المقابل فى التشريعات الأخرى هو : المواد ١٠١ و ١٥٠ و ١٥٢ سورى مطابقه ، والمواد ١٠٠ و١٤٩ و ١٥٠ ليبى مطابقه و١٥١ موافقه ، والمواد ١٦٧/١و٢ و٣ مدنى عراقى موافقه ، والمادة ١٧٢ /٢ موافقة للمادة ١٠٠ ولا مقابل للمادتين الآخريين ، والمواد ٨٠ و٨١ و٨٢ مدنى كويتى موافقه ، والمواد ٧٠ و ١١٠ و١١٢ مدنى جزائرى موافقه والمادة ١٦٠ مدنى اردنى موافقه والمادة ١٠٤ مدنى يمنى موافقه .

(٢) عبدالفتاح عبدالباقى : فقرة ٩٥ ص ٢٠٤ _ ٢٠٥ .

وتتميز عقود الاذعان بالخصائص التالية :

١ - ان العقد يتعلق بسلع أو مرافق وخدمات تعتبر ضرورية لا غنى لعامة الناس عنها .

٢ - ان الموجب يكون عادة محتكرا للسلعة أو الخدمة احتكارا قانونيا او فعليا .

٣ - ان الايجاب يوجه إلى الناس كافة بشروط موحدة يشترطها الموجب لمصلحته ويبقى ساريا لمدة غير محددة غالبا ما تكون الشروط مطبوعة ولا يقبل مناقشة فيها .

٤ - يقتصر دور الطرف الآخر على قبول او عدم قبول هذه الشروط وإن كان عدم القبول غير محتمل لشدة الحاجة إلى السلعة او الخدمة .

وتنتشر عقود الاذعان فى هذا العصر فى شتى جوانب الحياة ، ومن ذلك عقود النقل جوا وبحرا وبرا والتأمين وعقود العمل وخدمات البريد والهاتف والغاز والكهرباء والماء وغيرها . وكما هو واضح لا يستطيع الانسان ان يعيش بغير هذه السلع والمرافق . ولكن لا تعتبر عقود المقاولات والاشغال العامة من عقود الاذعان لعدم وجود احتكار قانونى او فعلى ، وقد قضت بذلك محكمة النقض وقالت ان من خصائص هذه العقود انها تتعلق بسلع أو مرافق تعتبر من

الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين او المنتفعين ويكون فيها احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليا أو تكون سيطرته عليها من شأنها ان تجعل المنافسه فيها محدودة النطاق وان يكون صدور الايجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة ولمدة غير محددة واذن فمتى كانت الحكومة قد شهرت شروط مناقصة فى عملية انشاء طريق وكان من مقتضى هذه الشروط ان يتقدم كل ذى عطاء بشروط العمل وتحديد زمنه وتكاليفه لم يكن الايجاب فيه مستمرا لزمن غير محدد وكان لكل انسان حرية القبول أو الرفض فى تقديم عطائه اصلا أو فى تضمينه الشروط التى يرتضيها وتلك التى لا يقبلها فإن التعاقد عن هذه العملية لا يعتبر عقدا من عقود الاذعان " (١) .

وإذا كانت السلعه ليست من الضروريات فلا يعتبر العقد عقد اذعان . وتطبيقا لذلك حكم فى قضية تتلخص وقائعها فى ان شركة النصر للسيارات اعلنت عن فتح باب الحجز للسيارة ١٣٠٠ وتقدم احد اعضاء مجلس الدولة وحجز سيارة عن طريق احد الموزعين وكانت شركة النصر اشترطت فى الاعلان ان الحجز ليس نهائيا وانه يتوقف على قبولها ولم يحظ الحاجز بسيارة ، فأقام دعوى ضد شركة النصر على أساس ان السيارة سلعة من الضروريات وان العقد بذلك كان عقد اذعان وان الشرط الخاص بأشتراط قبولها للحجز الذى يتم عن طريق الموزعين هو شرط تعسفى من سلطة القاضى ان يعفى الطرف المذعن منه. وبعد ان قضى لصالحه نقضت محكمة

---

(١) نقض مدنى ١٩٥٤/٤/٢٢ مجموعة احكام النقض ٥ رقم ١١٩ ص ٧٨٨ .

النقض هذا الحكم وقررت ان السيارة ليست من السلع الضرورية وبالتالى لا يعتبر العقد عقد اذعان .

وأهم مظاهر حماية الطرف المذعن فى عقد الاذعان هو ما يتمتع به القاضى من حرية وسلطة ان يعدل الشرط التعسفى وفى ان يعفى منه الطرف المذعن . وسلطة القاضى فى ذلك لا يجوز الاتفاق على خلافها او على استبعادها لأنها تتصل بأمر متعلق بالنظام العام . ولكن ليس معنى اتصاله وتعلقه بالنظام العام ان يحكم القاضى من تلقاء نفسه بتعديل او الغاء الشرط التعسفى . ولكن يجب أن يطلب الطرف المذعن هذه الحماية وإلا فإنه يعتبر راضيا بالشرط التعسفى .

كذلك من مظاهر الحماية أن تفسير العبارات الغامضة فى عقد الاذعان لا يجوز ان يكون ضارا بمصلحة الطرف المذعن مدينا كان أو دائنا طالما أن الشرط يقع فى غير مصلحته ، لأن الشروط الغامضة من وضع الطرف القوى فهو الذى يتحمل نتيجة خطأه فى صياغتها صياغة غامضة (١) .

---

(١) السنهورى : الوجيز ــ الفقرة ٧٩ ص ٧٦ ــ ٧٩ ، عبدالفتاح عبدالباقى الفقرات ٩٥ ـ ١٠١ ص ٢٠٤ ـ ٢١٨ .

المبحث الثامن
المراحل التمهيدية للتعاقد

١٣٦- يمر التعاقد ببعض المراحل التى تمثل التردد قبل الحسم ، أو الاستعداد قبل الاقدام ، او التحضير للإجراءات التى يتم بها العقد ، او الترصد لما تسفر عنه ظروف متوقعة . ولكل غرض من هذه الأغراض صورة قانونية تستجيب له وتساعد المتعاقدين على تحقيقه .

فالعربون les arrhes الذى يدفعه أحد المتعاقدين ، وتحرير العقد الابتدائى ، والوعد بالتعاقد ، صور مختلفة تستجيب للإغراض التى أشرنا إليها .

العربون : نصوصه القانونية : تنص المادة ١٠٣ من التقنين المدنى المصرى على أن : " ١ - دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه ، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك .

" ٢- فإذا عدل من دفع العربون فقده ، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه، هذا ولو لم يترتب على العدول أى ضرر " (١)

---

(١) يقابل هذا النص فى التقنينات العربية الأخرى مايلى من النصوص :
- فى القانون السورى : المادة ١٠٤ مدنى مطابقة .
- فى القانون الليبى : المادة ١٠٣ مدنى مطابقة .

العربون جزء من المقابل فى العقد يقدمه أحد الطرفين للآخر إما لتأكيد العزم على تنفيذ العقد ، وإما للاحتفاظ لنفسه بحق العدول إن أراد .فالعربون له دلالتان : إما دلالة التأكيد ، وإما دلالة العدول . وتختلف التشريعات فى الأخذ بهاتين الدلالتين ، فالتشريعات الجرمانية ومعها القانون العراقى والقانون المغربى تأخذ بدلالة التأكيد ، والتشريعات اللاتينية ومعها القانون المصرى والسورى والليبى والكويتى تأخذ بدلالة العدول . وأن كان القانون المصرى يسمح بالأخذ بدلالة التأكيد إذا اتفق المتعاقدان على ذلك . اما إذا اتفق الطرفان على العربون ولم يحددا دلالته اعتبر عربون عدول . وفى صورة عربون العدول إذاعدل من دفع العربون خسره ، وإذا عدل من قبضه رده ومثله (١) . ويتم ذلك بصرف النظر عن حصول ضرر للطرف الذى

– فى القانون العراقى: المادة٩٢ مدنى تجعل العربون دليلا على البتات لا على جواز الرجوع وفى القانون اللبنانى لا مقابل له.وفى القانون اليمنى المادة ١٠٧مدنى موافقه وفى التقنين الكويتى المواد ٧٤ – ٧٦ موافقة والمادة ٧٧ تستثنى حالة استحالة تنفيذ الالتزامات لسبب اجنبى لا يد لاحد المتعاقدين فيه فتوجب رد العربون لدافعه .

وينص الفصل ٢٨٨ من تقنين الالتزامات والعقود المغربى علىأن : " العربون هو ما يعطيه أحد المتعاقدين للآخر بقصد ضمان تنفيذ تعهده " .

وينص الفصل ٢٨٩ منه على انه : " إذا نفذ العقد وخصم مبلغ العربون مما هو مستحق على من إعطاه ، مثلا إذا كان من أعطى العربون هو المشترى او المكترى خصم من ثمن البيع أو من الكراء ، وإذا كان من اعطى العربون هو البائع أو المكرى ، ونفذ العقد وجب رده .

" كما يجب رد العربون أيضا ، إذا الغى العقد بتراضى عاقديه " .

وينص الفصل ٢٩٠ على أنه : " إذا كان الالتزام غير ممكن التنفيذ ، او إذا فسخ بسبب خطأ الطرف الذى اعطى العربون ، كان لمن قبضه أن يحتفظ به ، ولايلتزم برده ، إلا بعد اخذه التعويض الذى تمنحه له المحكمة ان اقتضى ذلك الأمر .

(١) جاء فى نص التقنين المدنى المصرى – خطأ – ان قابض العربون يرد ضعفه، والضعف هو المثل ، والمشرع كما هو واضح يقصد رد ضعفين لاضعفا واحدا ، ولو رد ضعفا واحدا لرد ما قبضه فحسب فلا يكون هناك بدل أداه من عدل ، وهذا يخالف قصد المشرع .

لم يعدل ، فالعربون ليس تعويضا عن ضرر وإنما هو بدل فى التزام بدلى ، وفى هذا يختلف العربون عن الشرط الجزائى (١) . ويترتب على ذلك أن القاضى لا سلطة له فى ان يرد العربون إلى حدود الضرر الحاصل .

أما فى القانون المغربى حيث دلالة العربون دلالة تأكيد فالعربون يعتبر جزءا من قيمة العقد تم أداؤه ، وإذا فسخ العقد بتراضى الطرفين وجب رد العربون المقبوض ، أما إذا لم يفسخ بالتراضى ولكن تنفيذه أصبح غير ممكن او فسخ بسبب خطأ أحد الطرفين ، فإن لمن قبض العربون أن يحتفظ به ، وعلى الطرف الآخر أن يلجأ إلى المحكمة لتقدر الضرر الحاصل لقابض العربون وتلزمه برد مازاد على قيمة هذا الضرر . وعلى ذلك فإن العربون فى القانون المغربى يختلف عن القانون المصرى فى أن دلالته دلالة تأكيد لا عدول ، وأنه يعتبر تعويضا عن ضرر وليس بدلا فى التزام بدلى كما هو فى التقنين المصرى .

١٣٧- **العربون فى الفقه الاسلامى** : يثير موضوع العربون خلافا فى الفقه الاسلامى ، فنجد فيه اتجاها مماثلا لما يذهب إليه الآن الفقه الغربى واتجاها يخالفه . فهناك صوره يعتبرها الفقه الاسلامى صحيحة وهى صورة من اشترى وأعطى عربانا (أى عربونا) على أن يسترده إن كره البيع

---

(١) وإذا لم يعدل أى من الطرفين اعتبر العربون جزءا من المقابل المتفق عليه تم تنفيذه . ويكون العربون عادة مبلغا نقديا ، والاصل أن يكون حق العدول للطرفين ولكن قد يتفق الطرفان علىأن يكون هذا الحق لاحدهما دون الاخر أنظر : السنهورى : الوجيز : فقرة ١٠٢ ـ ص ٩٢ ص ٩٣ .

أو يعتبر جزءا من الثمن أن رضيه وامضاه ، وفي هذه الصورة لا يخسر المشترى شيئا وهذا هو مذهب المالكية (١) . أما إذا كانت الصورة هي إعطاء العربون على أن يحتفظ به البائع لنفسه إن كره المشترى البيع ، أو يحسب من الثمن إن أمضى البيع ، فإن بعض الاراء تعتبر البيع باطلا لما فيه من الضرر ، ويقتضى البطلان رد الثمن وما اشتمل عليه من العربون إلى المشترى ، ورد الشيء إلى البائع ، فإن هلك حسب على المشترى بالقيمة لا بالثمن لان البيع باطل . ويذهب رأى آخر إلىان البيع في حالة اختيار المشترى البيع يكون صحيحا . ويحسب العربون من الثمن ، وفي حالة ما إذا رغب عن البيع يفقد العربون كما هو الوضع في التقنينات الحديثة . وهذا هو مذهب الامام أحمد بن حنبل وإليه يميل بعض الفقهاء المسلمين المعاصرين ويردون على حجة من يقولون أن العربون قد اشترط للبائع بغير عوض وهذا شرط فاسد ، بانه يوجد عوض وهو الانتظار بالبيع ، وتوقيف السلعة حتى يختار المشترى ، وقد تفوته فرصة البيع لشخص آخر خلال المدة التى اتفق مع المشترى على الانتظار خلالها (٢) و(٣) . ويستند رأى المالكية إلى ان الرسول صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن بيع العربان للضرر وأكل المال بالباطل . أما الحنابلة فيرون ان الحديث المروى

---

(١) عبدالفتاح عبدالباقى : فقرة ٩١ ـ ص ١٩٦ وتنص المادة ٣٠٩ من مجلة الاحكام الشرعية على انه : "يصح بيع العربون وهو ان يشترى شيئا ويعطى البائع شيئا من الثمن عربونا على أنه ان اخذ المبيع فهو من الثمن .

(٢) السنهورى : مصادر الحق ـ جـ ٢ ـ ص ٩٠ ـ ص ٩٦ .

(٣) وفيما يتعلق بدلالة العربون هل هى التأكيد او العدول ، فهذا أمر متروك للعرف والعادة .

١٣٩- الوعد بالتعاقد promesse de contrat : يقع الوعد بالتعاقد تلبية لحاجات مستقبلة يقدرها الطرفان او أحدهما ، فيستعد لها بابرام عقد يسمى عقد الوعد بالتعاقد . فقد يرى المستأجر أن التحسينات التى أجراها فى العين المؤجرة له ذات قيمة عالية وأنه من مصلحته أن يشترى العين ليستفيد بالتحسينات بعد انتهاء الاجارة . فيحصل على وعد من المالك بان يبيع له العين إذا هو أبدى رغبة فى شرائها . وقد يحتاج مالك أرض إلى شراء أرض مجاورة له ليقيم على الأرضين مشروعا صناعيا يعد له العدة ولذلك يحصل من مالك الأرض المجاورة على وعد ببيعه الارض إذا رغب فيها .

ويختلف عقد الوعد عن الايجاب ، فالوعد عقد كامل يتكون من إيجاب وقبول ، لا من إيجاب فقط (١) . ويختلف كذلك عن العقد النهائى لأن الوعد يلزم الواعد بابرام العقد النهائى ؛ أما آثار العقد النهائى فلا تبدأ إلا من وقت ابرامه . ولذلك فإن الاهلية المتطلبة فى الواعد هى نفسها أهلية العقد النهائى ويجب توافرها وقت الوعد ، اما أهلية الموعود له للعقد النهائى فلا يلزم توافرها إلا عند إبداء رغبته فى التعاقد النهائى . وعقد الوعد ينشىء التزاما على الواعد ، ومجرد حق شخصى للموعود له ، ولكنه لا ينقل الملكية مثلا إذا كان العقد بيعا . وتحدد فى الوعد جميع المسائل الجوهرية التى لا ينعقد

---

(١) ولكن النتيجة العمليه تقترب فيهما إلى حد كبير إذا كان الايجاب ملزما انظر: عبدالفتاح عبدالباقى : فقرة ٨١ ص ١٧٥ .

الا بالتراضى عليها ، فيبين أركان العقد المراد ابرامه والمدة التى يجب ابـرام العقد النهائى خلالها ، فإذا مضـت المـدة دون ظهـور رغبـة مـن الموعـود لـه سقط الوعد وإذا اشترط القانون شكلا معينا وجبت مراعاتـه فـى الوعـد (١) . اما إذا أبـدى رغبتـه صراحـة أو ضمنـا فـإن العقد النهائى يتـم بمجـرد ابداء الرغبة ، دون صدور رضا جديد من الواعد ، وفـى هـذا يختلـف الوعـد عن العقد الابتدائى (٢) .

---

(١) عبدالفتاح عبدالباقى : فقرة ٨٣ ـ ص ١٧٨ ـ ١٨٣ .

(٢) تنص على أحكام عقد الوعد فـى القـانون المصـرى المـادتين ١٠١ و ١٠٢ مدنى فالمادة ١٠١ مدنى نصها : " الاتفـاق الـذى يعد بموجبـه كـلا المتعـاقدين أو احدهمـا بابرام عقد معين فى المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهريـة للعقد المـراد ابرامه والمدة التى يجب ابرامه فيها .

" وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشـكل تجـب مراعاتـه أيضا فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بابرام هذا العقد " والمادة ١٠٢ مدنى تنص علىانه : " إذا وعد شخص بابرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعـاقد الآخـر طالبـا تنفيذ الوعـد ، وكـانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم متـى حـاز قوة الامر المقضى به مقام العقد " . ويقابل هذيـن النصيـن فـى التقنينـات العربيـة الأخـرى مايلى من النصوص :

– فى القانون السورى : المادتان ١٠٢ / ٢ و ١٠٣ مدنى مطابقتان .

– فى القانون الليبى : المادتان ١٠١ / ٢ و١٠٢ مدنى مطابقتان .

– فى القانون العراقى : المادة ١٠١ / ٢ مدنى مطابقة للمادة ١٠١ مدنى مصـرى وليس به مقابل للمادة ١٠٢ مدنى مصرى ولكن حكمها متفق مع القواعد العامة .

– فى القانون اللبنانى : لا مقابل للنصين ولكن حكمها متفق مع القواعد العامة .

انظر : السنهورى: الوجيز ـ ص٨٦ هامش رقم ١ ورقم٢ وص٨٩ هامش رقم ٢

– فى القانون الكويتى : المادتان ٧٢ و ٧٣ موافقتان .

– فى القانون الجزائرى : المادتان ٧١ و ٧٢ موافقتان .

ـ فى القانون اليمنى المادتان ١٠٥ و ١٠٦ موافقه .

الفصل الثالث

عيوب الإرادة

١٤٠- ذكرنا فى عرضنا لمبدأ سلطان الإرادة أن الإرادة هى التى تنشىء الإلتزام ، وأنها يجب أن تكون إرادة سليمة ، وعلى ذلك فإن سلامة الإرادة عند الإلتزام أمر مترتب على مبدأ سلطان الإرادة وإستقلالها . غير أن التقنين المدنى الفرنسى عندما وضع قواعد عيوب الإرادة لم يستخلصها من الدراسات حول مبدأ سلطان الإرادة ، وإنما من قواعد القانون الرومانى بعد أن عدلتها قواعد القانون الكنسى ، والواقع أن القانون الرومانى – وقد كان قانونا شكليا – لم يكن يهتم بالإرادة ، بل بالشكل ، فبالشكل لا بالإرادة ينعقد العقد . ولذلك لم يكن يحفل بمجرد عيوب للإرادة ، بل ولا بوجود الإرادة ذاتها .ثم أنشأ البريتور دعوى تتضمن تجريم الغش فى إبرام العقود ، وكان ذلك بداية ظهور نظرية لعيوب الإرادة فى القانون الرومانى ، ولكن بطريقة محورة ، فلم تظهر فى نطاق نظرية للعقد ، وإنما فى نطاق المسئولية عن الجريمة . فكان العقد ينعقد رغم وجود التدليس أو الإكراه ، وتوجد بجانب ذلك جريمة للتدليس وجريمة للإكراه ولهما جزاء مقرر ، ففى حالة ما إذا لم يكن الطرف ذى الإرادة المعيبة قد نفذ العقد ، كان البريتور يعطيه دفعا مبنيا على السلوك غير المشروع للمتعاقد الذى أرتكب التدليس

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى : فقرة ١٤٥ – ص ٢٩٦ .

أو الإكراه ، أما إذا كان العقد قد نفذ ، فإن البريتور كان يأمر برد المدفوع ، على سبيل التعويض على أساس بطلان العقد . ولم تكن شكلية القانون الروماني تسمح بتقرير جزاء على الغلط . ولكن شيئا فشيئا وتحت تأثير فكرة العدالة ، أخذ في الإعتبار الغلط إذا كان كبيرا ، خاصة في مادة الشيء . وكان الغلط عندئذ لايعيب الارادة فقط بل كان يهدم الرضى ويجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا . أما في القانون الكنسي فقد كان يتعين البحث عما إذا كان المتعاقد قد ارتكب خطيئة بعدم تنفيذ العقد أم لم يرتكب ، فإذا ما تبين ان ارادته معيبة بغلط أو تدليس أو اكراه ، لم يكن مرتكبا لخطيئة ما ، إذا امتنع عن تنفيذ العقد . فكانت فكرة القانون الكنسي لا تقوم على البحث في نفسية الملتزم ، بل كانت تقوم على ناحية اخلاقية هي وجود أوعدم وجود خطيئة (١) .

١٤١ - وقد أخذ التقنين المدني الفرنسي بعيوب الارادة : الغلط والتدليس والاكراه (ثم أضاف الغبن) على اعتبار أنها تعيب الرضا وتقتضي البحث في نفسية الملتزم ، ولكن أضيفت الى ذلك اعتبارات تتعلق باستقرار التعامل ، وإذا كانت عيوب الارادة قد صارت جزءا من نظرية العقد ، فإن صفة الجريمة التي كانت تلحقها في القانون الروماني ، قد بقي منها بعض الأثر ، وهو وجوب التعويض

(١) ويل وتريه : فقرة ١٥٦ - ص ١٧٢ - ص ١٧٣ ، كاربونييه : فقرة ٢٢ - ص ٧٨ .

لمن كانت ارادته معيبة (١) .

١٤٢ - وعيوب الارادة تفترض أن الارادة موجودة ، ولكنها كانت مشوبة بعيب من العيوب ، فهى بحسب مبدأ سلطان الارادة لم يكن لها سلطان بل كانت خاضعة لوهم أو لارادة اخرى . وهى بذلك تختلف عن حالة الارادة غير الموجودة كالتعبير الذى يصدر عن مجنون أو سكران أو صبى غير مميز او هازل ، فالارادة هنا معدومة لأن هؤلاء لا يميزون ما يقولون أو لا يقصدونه . ويترتب على ذلك كما سنرى أن العقد يكون قابلا للأبطال إذا كانت الارادة معيبة ، ويكون باطلا بطلانا مطلقا إذا كانت الارادة معدومة (٢) .

وعيوب الارادة التى سنتناولها فيما يلى هى العيوب الأربعة : الغلط والتدليس والاكراه والغبن أو الاستغلال وفى بعض الحالات المرض وما شابهه فى بعض التشريعات ويخضع لتقدير القاضى وعلى ذلك سنقسم هذا الفصل إلى المباحث التالية :

المبحث الأول : فى الغلط

المبحث الثانى : فى التدليس

المبحث الثالث : فى الاكراه (٣) .

---

(١) ويل وتريه : فقرة ١٥٧ - ص ١٧٣ .

(٢) السنهورى : الوجيز : فقرة ١١٩ - ص ١١٠ .

(٣) نص على تعداد هذه العيوب الفصل ٣٩ من تقنين الالتزامات والعقود المغربى بقوله : " يكون قابلا للابطال الرضى الصادر عن غلط أو الناتج عن تدليس أو المنتزع باكراه " .

المبحث الرابع : فى الغبن والاستغلال .
المبحث الخامس : المرض وما شابهه (فى القانون المغربى) .
المبحث السادس : جزاء عيوب الارادة

وما يقال فى شأن هذه العيوب ينطبق على الالتزام بـارادة منفردة وعلى الالتزام التعاقدى .

المبحث الأول
الغلط

١٤٣ - الغلط هو تصور مخالف للحقيقة يتوهمه المتعاقد ، فيدفعه إلى ابرام العقد ، ولو تبين جلية الأمر قبل التعاقد لما أقدم عليه . والغلط بهذا المعنى يجعل العقد قابلا للابطال أى باطلا بطلانا نسبيا .

غير أن الغلط الذى يقع فيه المتعاقد ليس دائما من هذا القبيل بل يكون أحيانا أشد إلى درجة أن يعدم العقد أو يبطله بطلانا مطلقا ، وأحيانا أخرى يكون أمره هينا لا يؤثر على صحة العقد . وعلى ذلك فان الغلط يتدرج فى ثلاث مراتب ، فى اعلاها يؤثر على وجود العقد فيعدمه ، وفى مرتبة وسطى يؤثر على صحة العقد فيكون عيبا من عيوب الارادة ، وفى المرتبة الدنيا لا يؤثر على وجود العقد ولا على صحته .

١٤٤ – (أ) الغلط الذى يؤثر على وجود العقد : قد يكون غلطا فى طبيعة العقد ، كما إذا تلقى شخص من آخر شيئا على أنه هبة ، فتبين أن الآخر يقصد بيعه لا هبته ، أو تلقى عينا على سبيل البيع فاذا بصاحبها يقصد تأجيرها . وقد يكون الغلط فى ذاتية المحل ، كما إذا باع شخص لآخر سيارة من ماركة فيات ، بينما كان المشترى يعتقد أنه يشترى سيارة رونو أخرى مملوكة للبائع وقد يكون الغلط فى السبب ، كما إذا وهب شخص معظم ثروته لمشروع خيرى ، معتقدا أن ابنه الوحيد قد قتل فى الحرب ، ثم ظهر الابن بعد ذلك . ففى هذه الحالات لا يوجد التصرف لأن الغلط هنا غلط مانعerreur obstacle وأثره هو بطلان العقد بطلانا مطلقا ، بطلانا لا تصححه اجازة ولا اقرار ولا يلحقه التقادم ولكل ذى مصلحة ان يتمسك به وتقضى به المحكمة من تلقاء نفسها متى استبان لها أمره . فالحالات التى ذكرنا لا تتوافق فيها الارادتان على طبيعة العقد (كما فى المثال الأول) ولا على محله (كالمثال الثانى) ولا على سببه (كالمثال الثالث) .

١٤٥ – ب – النوع الثانى من الغلط وهو النوع المتوسط يسمى

---

(١) السنهورى : الوجيز : فقرة ١٢٠ – ص ١١٠ ، عبدالفتاح عبدالباقى : فقرة ١٤٧ – ص ٢٩٨ ، كاربونييه : فقرة ١٩ – ص ٧٠ ، بينما يعارض ويل وتريه (فقرة ١٦٤ ص ١٧٧ ص ١٧٨) وجود بطلان مطلق فى حالات الغلط المانع ويريان أنه اذا كانت المادة ١١١٠ مدنى فرنسى لم تذكر لا الغلط فى مادة الشىء ولا فى شخص المتعاقد فان المادة ١١٠٩ تتحدث عن الغلط بصفة عامة كعيب فى الرضا وتشمل كل أنواع الغلط فيترتب عليه البطلان النسبى فقط .

غلط الابطال erreur nullité أو الغلط الذى يعيب الارادة ، وقد وجد فى التقنين المدنى الفرنسى منه صورتان : الغلط فى مادة الشىء error in substantia والغلط فى شخص المتعاقد (١) ولكن القضاء الفرنسى قد حور هاتين الصورتين وأضاف اليهما صورا أخرى سنبينها بعد قليل .

١٤٦ – اما الغلط الذى لا يؤثر على الارادة L'erreur indiferente فهو غلط فى صفة غير جوهرية فى الشىء أو فى شخص المتعاقد الآخر ، أو غلط فى تقويم العقد من الناحية الاقتصادية، أو غلطات الحساب والقلم ، أو غلط فى الباعث إذا لم يكن دافعا إلى التعاقد . فكل هذه الحالات يبقى فيها التصرف سليما ، فإذا تبين للمؤجر أن المستأجر ليس مهندسا وإنما هو طبيب أو تبين للمشترى أن الشىء الاثرى الذى اشتراه بثمن مرتفع لكونه أثريا ، كان مصنوعا من معدن رخيص غير ثمين كما كان يظن،فهذه الأمور لا تؤثر على صحة العقد. كذلك إذا تبين للمتعاقد أن الطرف الآخر ليس موسرا فلا يؤثر ذلك على صحة العقد . وإذا تبين خطأ فى العمليات الحسابية التى أحال إليها العقد ، فهذا الخطأ لا يؤثر على صحة العقد بل تصحح العمليات الحسابية ، ويؤخذ بالنتيجة الصحيحة لها . وكذلك اخطاء القلم تصحح طالما أنها لا تمس الارادة فى شىء (٢) .

---

(١) عبدالفتاح عبدالباقى : فقرة ١٤٧ – ص ٢٩٩ .

(٢) كاربونييه : فقرة ١٩ ص ٧٢. ويمكن تقسيم أنواع الغلط كما يلى: –

وسوف نقسم دراسة الغلط الى مطلبين :

المطلب الأول : الغلط فى القوانين الحديثة .

المطلب الثانى : الغلط فى الفقه الاسلامى .

المطلب الأول
الغلط فى القوانين الحديثة

١٤٧ – نصوص قانونية :

نصت المادة ١٢٠ مدنى على أنه اذا وقع المتعاقد فى غلط

-

- الغلط
  - الغلط المانع
    - غلط فى طبيعة العقد
    - غلط فى ذاتية المحل
    - غلط فى السبب
  - الغلط الذى يعيب الإرادة
    - غلط فى صفة جوهرية فى الشئ
    - غلط فى شخص المتعاقد
    - غلط فى القيمة
    - غلط فى الباعث الدافع
    - غلط فى الواقع أو فى القانون

- الغلط الذى لا يعيب الإرادة
  - غلط فى صفات غير جوهرية فى الشئ أو المتعاقد
  - غلط فى باعث غير دافع
  - غلط فى تقدير قيمة العقد
  - غلط فى الحساب والقلم

جوهرى جاز لـه أن يطلب ابطال العقد إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى هذا الغلط أو كان على علم بـه أو كان من السهل عليه أن يتبينه " .

ونصت المادة ١٢١ على أن"١ – يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن ابرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط . ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص .

(أ) اذا وقع فى صفة للشىء تكون جوهرية فى اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغى فى التعامل من حسن النية .

(ب) إذا وقع فى ذات المتعاقد أو صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد (١) .

---

(١) يقابل هذا النص فى التقنينات العربية الأخرى ما يلى من النصوص : فى القانون السورى المادة ١٢١ مدنى والمادة ١٢٢ مدنى مطابقتان ، وفى القانون الليبى المادتان ١٢٠ و ١٢١ مدنى مطابقتان ، وفى القانون العراقى المادتان ١١٧ و ١١٨ مدنى موافقتان ، وفى القانون اللبنانى المواد ٢٠٣ ، ٢٠٥ موجبات وعقود موافقة ، أنظر : السنهورى : الوجيز – ص ١١٤ – هامش رقم ١ . وفى القانون الكويتى المادتان ١٤٧ و ١٤٩ مقاربة وفى القانون الجزائرى المادتان ٨١ و ٨٢ موافقة فى القانون الاردنى المادتان ١٧٢ و ١٧٣ موافقة وفى القانون اليمنى المادتان ١٧٢ و ١٧٣ موافقة .

والمادة ١٢٢ – يكون العقد قابلا للابطال لغلط فى القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقا للمادتين السابقتين هذا ما لم يقض القانون بغيره " (١) .

المادة ١٢٣ : لا يؤثر فى العقد مجرد الغلط فى الحساب ولا غلطات القلم . ولكن يجب تصحيح الغلط (٢) .

والمادة ١٢٤ : " ليس لمن وقع فى الغلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية " .

" ويبقى بالأخص ملزما بالعقد الذى قصد ابرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد " (٣) .

---

(٢) هذا النص تطابقه المادة ١٢٢ مدنى ليبى والمادة ١٢٣ مدنى سورى وتوافقه المادة ٢٠٦ موجبات لبنانى ولا مقابل له فى التقنين المدنى العراقى ولكنه يتفق مع القواعد العامة والمادة ١٤٨ كويتى موافقة والمادة ٨٣ جزائرى موافقة . والمادة ١٥٤ مدنى اردنى موافقة والمادة ٤٨ التزامات تونس موافقة .

(٣) يقابل هذا النص فى التقنينات العربية الأخرى ما يلى من النصوص : المادة ١٢٤ مدنى سورى مطابقة ، والمادة ١٢٣ مدنى ليبى مطابقة ، والمادة ١٢٠ مدنى عراقى موافقة ، والمادة ١٥٠ كويتى موافقة ، والمادة ٨٤ جزائرى موافقة والمادة ١٥٥ مدنى اردنى موافقة ، والمادة ٤٧ التزامات تونس موافقة .

(٣) يقابل هذا النص فى التقنينات العربية الاخرى ما يلى من النصوص : المادة ١٢٥ مدنى سورى مطابقة والمادة ١٢٤ مدنى ليبى مطابقة ، ولا مقابل له فى القانون العراقى واللبنانى .

١٤٨ - ذكرنا ان التقنين المدنى الفرنسى كان يعتبر العقد قابلا للابطال فى حالتين هما : حالة وقوع غلط فى مادة الشيء محل الالتزام Erreur sur la substance même de la chose وحالة وقوع غلط فى شخصية المتعاقد erreur sur la personne إذا كانت محل اعتبار فى العقد ، وكانت هناك نظرية تقليدية فى الفقه الفرنسى (١) تفسر مادة

- انظر السنهورى : الوجيز ص ١٢٣هامش رقم ١ . وفى القانون الكويتى المادة ١٤٩ مدنى موافقة ، وفى القانون الجزائرى المادة ٨٥ مدنى موافقة وفى القانون الأردنى المادة ١٥٦ مدنى موافقة . أما نصوص تقنين الالتزامات والعقود المغربى فهى : الفصل ٤٠ ونصه : والغلط فى القانون يخول ابطال الالتزام :

١ - إذا كان هو السبب الوحيد أو الأساسى .

٢ - إذا أمكن العذر عنه .

والفصل ٤١ - " يخول الغلط الابطال اذا وقع فى ذات الشيء أو فى نوعه أو فى صفة فيه كانت هى السبب الدافع الى الرضى " .

والفصل ٤٢ - " الغلط الواقع على شخص أحد المتعاقدين أو على صفة لا يخول الفسخ إلا إذا كان هذا الشخص أو هذه الصفة أحد الأسباب الدافعة إلى صدور الرضى من المتعاقد الآخر " .

والفصل ٤٣ - " مجرد غلطات الحساب لا تكون سببا للفسخ وانما يجب تصحيحها " .

والفصل ٤٤ : " على القضاة عند تقدير الغلط أو الجهل سواء تعلق بالقانون أوبالواقع أن يراعوا ظروف الحال، وسن الأشخاص وحالتهم وكونهم ذكورا أواناثا"

والفصل ٤٥ : إذا وقع الغلط من الوسيط الذى يستخدمه أحد المتعاقدين كان لهذا أن يطلب فسخ الالتزام فى الاحوال المنصوص عليها فى الفصلين ٤١ ، ٤٢ السابقين وذلك دون اخلال بالقواعد العامة المتعلقة بالخطأ ولا بحكم الفصل : ٤٣ فى الحالة الخاصة بالبرقيات " .

(١) اخذ على هذه النظرية انها غير مفيدة فى تفرقتها بين الغلط المانع وغيره اذ أن الرضا لا يقوم أصلا فى الغلط المانع أو يقوم غير مستند الى سبب فلا تثور هنا فكرة الغلط . وقد يقع الغلط فى مادة الشيء ولا يعتبر دافعا الى التعاقد كمن يكتشف ان قطعة اثرية مصنوعة من الحجر وليست من المرمر كما كان يظن . انظر : عبدالفتاح عبدالباقى - فقرة ١٤٨ - ص ٣٠٠ - ٣٠٣ .

الشــيء باعتبارهـا مجموعـة مـن الخصـائص تدخـل الشـيء فـي جنـس وتميزه عن غيره ، والمثال التقليدى لهذه الحالة يذكره بوتييـه : شـخص اشترى شمعدانا chandelier على أنه من الفضة فتبين أنـه مـن معـدن مطلى بالفضة ، فهو قد وقع فى غلط فى مادة الشـيء غير أن الفقيهيـن أو برى وزو قد أضافا إلى هذا المعيار الموضوعى معيارا ذاتيـا هـو أن يكون المتعاقدان قد اتفقا صراحـة أو ضمنـا علـى وجـوب توافـر صفـة معينة فى الشيء ، فيعتد بالصفة بالنظر الـى غرض المتعـاقدين لا إلـى مادة الشيء . ثم تخلى الفقه الفرنسى (وقبلـه القضـاء الفرنسـى) تمامـا عـن المعيـار الموضوعـى وأخذا بالمعيـار الذاتــى ، ثـم هـدم القضــاء الفرنسـى الحـاجز بيـن الغلـط الـذى يعيـب الارادة وبيــن النـوع الثــالث من الغلط وهو الذى لا يعيبها لكى يصل من ذلك إلى الاعتـداد بالبـاعث إذا كان دافعا الى المتعاقد ، كذلـك لـم يعتـد بـالغلط فـى مـادة الشــيء إذا لم يكن دافعا الى التعاقد (١) .

وبذلـك نصـل الـى النظريـة الحديثـة فـى الغلـط وهـى التـى تعتـد بالغلط على أساس معيار ذاتى ، فتعتد بالغلط اذا كـان جوهريـا أى كـان دافعا الى التعاقد . ولو قد علمه المتعاقد قبل التعاقد لما أقدم علـى ابـرام العقد . ولا يهم بعد ذلك ان يكون الغلـط واقعـا فـى مـادة الشـيء أو فـى صفته أو فى شخص المتعاقد الآخر ، أو فى قيمة المعقود عليـه أو فـى الباعث على التعاقد فكل ذلك يؤثر على العقد ويجعلـه قابـلا للابطـال

---

(١) السنهورى : فقرة ١٢١ ص ١١٢ - ١١٣ .

طالما ان الغلط فيه جوهرى أو غلط دافع الى التعاقد فاذا اشترى شخص اسهما فى رأس مال شركة حكم ببطلانها وهو لا يعلم ، فإنه يكون وقع فى غلط فى صفة جوهرية ، وكذلك اذا اشترى ارضا على أساس أن أمامها شارع تطل عليه ، ثم اتضح أنها محصورة من جميع الجهات وليس لها منفذ على الطريق العام .

واذا باع مالك السند سنده بقيمته الفعلية جاهلا أنه قد ربح جائزة كبيرة ،كان واقعا فى غلط جوهرى فى قيمة الشىء ، وإذا باع شخص عقارا وهو مريض ويظن اقتراب نهايته ، يستطيع بعد شفائه أن يطلب ابطال البيع للغلط لأن الباعث عليه هو اعتقاده أنه فى مرض الموت . وإذا وهب شخص لآخر مالا اعتقادا منه بأنه قريبه ثم تبين أنه ليس قريبا له كان ذلك غلطا فى شخصية الموهوب له ، يسمح للواهب بابطال الهبة (١) . وكذلك شراء لوحة على أنها لفنان شهير ثم يكشف الفحص أنها ليست بريشته (٢) .

١٤٩ - والمعيار الذاتى فى الغلط يقتضى النفاذ إلى نوايا المتعاقد لمعرفة ما إذا كانت الصفة المبتغاه كانت صفة جوهرية لديه أم لم تكن ،

---

(١) السنهورى : الفقرات ١٢٣ - ١٢٧ - ص ١١٥ - ص ١١٨ .

(٢) ويل وتريه فقرة ١٦٨ ص ١٨٢ ، ويرى البعض فى القانون المغربى أن الغلط فى الباعث لا يؤثر فى صحة العقد ، ولا يفرق بين أن يكون الغلط فى الباعث دافعا الى التعاقد ، فيؤثر فى العقد ، أم غير دافع الى التعاقد فلا يؤثر فيه ، انظر هذا الرأى فى الكزبرى جـ ١ فقرة ٥١ - ص ٨١ .

أى ما اذا كان يقبل التعاقد بغيرها أم لا يقبل . ولاشك أن اثبات ذلك يكون سهلا ميسورا إذا أفصح المتعاقد عن هذه الصفة وعن أهميتها لديه إذ يكون انتفاؤها غلطا واضحا - ولكن من الممكن الوصول الى اثبات هذه الصفة عن طريق القرائن ، فإذا اشترى شيئا من تاجر فى الآثار على أنه أثرى ثم اكتشف أنه تقليد للآثار القديمة وليس شيئا ذا قيمة ، فإن الغلط يكون فى صفة جوهرية ، ويمكن الاستدلال على ذلك من ضخامة الثمن المدفوع فى هذا الشىء والذى لا يدانيه فى ثمنه الشىء المقلد (١) .

ومع ذلك فإن بعض الفقهاء فى فرنسا يذهبون الى أن تقدير الصفة الدافعة إلى التعاقد يجب أن يكون تقديرا موضوعيا ، بمعنى أن البحث لا يجب أن يتجه الى نفسية المتعاقد الغالط وانما الى الشخص العادى إذا وجد فى مثل ظروف هذا المتعاقد : هل كان يقع فى الغلط أم لا ؟ فإذا كان الغلط فى هذه الظروف من شأنه أن يدفع الشخص العادى الى التعاقد ، كان للمتعاقد الغالط أن يتمسك بالغلط ، وإذا لم ينخدع به الشخص فلا يكون للغالط التمسك به . ويرى هؤلاء الفقهاء أن القضاء الفرنسى يسلك نفس هذا المسلك ويفسرون أحكامه تفسيرا يؤيد فكرتهم (٢) وهم يهدفون من اتخاذ هذا المعيار الموضوعى الى المحافظة على استقرار التعامل . فننتقل الآن الى هذه الفكرة لنرى كيف يمكن تحقيقها .

---

(١) ويل وتريه : فقرة ١٧٠ - ص ١٨٤ .
(٢) الاساتذة مازو : فقرة ١٧١ - ص ١٣٩ - ص ١٤٠ .

وقد جرت المحكمة الادارية العليا فى مصر على أن أحكام الغلط لا تتعارض مع الأسس العامة للعقود الادارية ومن ثم يتعين الأخذ بها (١) .

١٥٠ – المحافظة على استقرار التعامل :

واضح مما تقدم أن المعيار الذاتى للغلط هو معيار نفسى مركز الثقل فيه هو حالة ارادة الطرف الواقع فى الغلط وتقرير هذا المعيار يستند الى ضرورة احترام الارادة الحقيقية للمتعاقد .

ولكن من شأن ابطال العقد للغلط أن يعود بالضرر على الطرف الآخر بعد أن اطمأن الى قوة العقد الملزمة ، وقد يكون هذا الطرف الآخر حسن النية ، لا يعلم ولا سبيل له إلى أن يعلم بالغلط الذى وقع فيه الغالط ، وعندئذ يكون ابطال العقد اخلالا باستقرار التعامل . لذلك كان لابد من اقامة توازن بين هذين الجانبين : احترام الارادة – واستقرار التعامل .

لهذا بدأ القضاء الفرنسى يضيف الى نصوص التقنين المدنى الفرنسى بعض الضوابط التى تحافظ على استقرار التعامل ، فالغلط الفردى أو الغلط الاحادى لا يكفى لإبطال العقد الثنائى . بل يجب أن يكون الطرف الآخر قد اتصل بهذا الغلط ، اما بأن كان مشتركا فيه أى أن الغلط قد استقر فى اعتقاد الجانبين سويا أو بان كان الطرفان قد

(١) عبد المنعم حسنى : الموجز فى النظرية العامة للالتزام – ص ٢٩ .

اعتبرا صفة معينة جوهرية عند التعاقد (١) . ولكن إذا كان الطرف الغالط قد اخطأ خطأ ادى الى وقوعه فى الغلط فان تمسكه بالغلط الذى شاب ارادته يسمح للطرف الآخر بأن يطلب تعويضا عن الخطأ الذى ارتكبه ، فيمنعه ذلك من التمسك بالغلط (٢) ، أو يقضى بالتعويض وخير تعويض هو ابقاء العقد صحيحا (٣) .

كذلك اتخذ القضاء الفرنسى معيارا آخر لضبط التعامل وهو معيار الغلط المغتفر : erreur excusable وغير المغتفر : inéxcusable ومؤدى هذا المعيار أن المتعاقد الغالط عليه أن يثبت الغلط الذى وقع فيه واتصال المتعاقد الآخر به ، إثبات ذلك سيكون من الصعوبة بمكان إذا كان غير معذور فى الغلط الذى وقع فيه ، وبالتالى فلم يكن فى وسع الطرف الآخر أن يتبين وجود الغلط لأنه غلط غير مغتفر ، أما إذا كان الغلط مغتفرا فإن المتعاقد الأخر يستطيع أن يتبينه بسهولة فيكون متصلا به ولا يكون له أن يتمسك ببقاء العقد . فالخطأ غير المغتفر قرينة قضائية على أن المتعاقد الآخر لم يتصل بالغلط(٤) . وينظر فى تقدير الخطأ غير المغتفر نظرة ذاتية ويراعى فيها ظروف من وقع فى الغلط من حيث مقدار سنه ومدى خبرته ونوع مهنته(٥) .

(١) كاربونييه : فقرة ١٩ – ص ٧١ .
(٢) ويل وتريه : فقرة ١٧٢ – ص ١٩٢ .
(٣) السنهورى : ص ٢١ هامش رقم ١ .
(٤) السنهورى : الوجيز ص ١٢١ هامش رقم ٢ ، ويل وتريه : فقرة ١٧٤ – ص ١٩٢ – ص ١٩٣ .
(٥) ويل وتريه : فقرة ١٧٤ – ص ١٩٣ .

أما القانون المصرى قد اشتمل على ضوابط أكثر تحديدا ، فاشترط لابطال العقد للغلط أن يكون المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه . وتطبيقا لذلك إذا باع شخص لآخر لوحة فنية من إنتاج فنان ذائع الصيت ، ثم تبين أنها ليست كذلك ، فإما أن يكون البائع واقعا مثل المشترى فى الغلط بأن اعتقد أنها لذلك الفنان فهو حسن النية عندئذ ، وحسن نيته يقتضيه أن يسلم بابطال العقد ، وأما أن يكون عالما بأنها ليست من انتاج ذلك الفنان ، وترك المشترى ضحية اعتقاده الخاطىء ، فهو بائع سىء النية وجزاء سوء نيته جواز ابطال العقد ، وإما أنه لم يكن يعلم ذلك ولكن كان من السهل عليه أن يتبين ما وقع فيه المشترى من الغلط ، فهو مقصر إذ لم يتبين أمرا من السهل معرفته وجزاء تقصيره جواز ابطال العقد . أما إذا لم يكن الغلط مشتركا ولا معلوما للمتعاقد وليس من السهل عليه ان يتبينه ، فهو لم يتصل بهذا الغلط بوجه من الوجوه ، بل ان الغلط يكون فى الغالب تحفظا ذهنيا احتفظ به المتعاقد الذى وقع فيه ، ولم يفصح عنه ، ولذلك يكون عليه أن يتحمل نتيجة عدم إفصاحه إذ يعتبر مخطئا فى ذلك . وبهذا التوازن بين مصالح الجانبين يستقر التعامل .

وللفقه الجرمانى أسلوب آخر فى تحقيق استقرار التعامل ويمزج بين المعيارين الموضوعى والذاتى فى شأن الصفة الجوهرية التى اعتبرها الطرفان . فالصفة الجوهرية ليست فقط الصفة التى اتجهت اليها نية الطرفين بالفعل ، بل هى كذلك الصفة التى يجب أن يكون الطرفان قد اعتبراها جوهرية وفقا لظروف التعامل

وما ينبغي له من حسن النية (١) .

١٥١ - الغلط فى القانون :

رأينا فيما تقدم صورا للغلط فى أمور واقعية أو هو الغلط فى الواقع . فهل يبرر ابطال العقد أن يقع أحد طرفيه فى غلط فى القانون؟

لايحول دون الاعتداد بالغلط فى القانون سوى قاعدة قديمة تقول : أن احدا لا يعذر بسبب جهله للقانون . ولكن الحقيقة أن هذه القاعدة تنطبق فى حالة القوانين المتعلقة بالنظام العام فقط ، كالقوانين الجنائية ، وبعض القواعد المدنية مثل قواعد تحديد الحد الأقصى للفوائد ، فهذه يمتنع التمسك بالغلط فيها إذا أدى إلى مخالفة القانون ، أما فى غير ذلك فالتمسك بالغلط فى القانون جائز إذا تعلق بصفة جوهرية فى الشيء أو تعلق بشخص المتعاقد ، أو بقيمة الشيء أو بالباعث على التعاقد ، طالما أنه غلط دافع إلى التعاقد ، ويقع الغلط فى صفة جوهرية فى المحل عندما يتعهد شخص (بحسب القانون المصرى) بسداد دين طبيعى وهو يعتقد أنه دين مدنى (٢) ، فالغلط غلط فى التكييف القانونى للدين ، ويكون الغلط فى القانون فى شخص المتعاقد إذا وهب شخص لمطلقته هبه بعد أن راجعها ثم تبين له أنها ما زالت مطلقة لأن الطلاق الرجعى ينقلب بائنا بإنقضاء العدة . ويقع الغلط فى القانون

---

(١) السنهورى : مصادر الحق : جـ ٢ - ص ١٠٢

(٢) سيأتى فى نهاية هذه الفقرة أن القانون المغربى لا يعتد بالغلط . فى هذه الحالة وقد نص صراحة على ذلك .

على قيمة الشيء ، إذا تصرف وارث في نصيبه في تركة ظنا منه أنه يرث الربع ، ثم تبين له أنه يرث النصف ، ويرد الغلط على الباعث إذا اعترف وارث بحق لآخر في التركة ظنا منه بأن القانون الوطني هو الواجب التطبيق ، ثم تبين أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق ، وأن دعوى خصمه غير صحيحة طبقا لهذا القانون (١) .

ويلاحظ أن الغلط في القانون في هذه الحالات لا يؤدى الى مخالفة حكم القانون بل الى تصحيح الأوضاع على أساس الفهم السليم للقانون ، بعد أن كان مجهولا أو مفهوما على نحو خاطيء .

وقد نص القانون المصرى والمغربى على جواز التمسك بالغلط فى القانون لابطال العقد ، غير أن القانون المغربى قد اشترط للتمسك به شرطين الأول :

أن يكون هذا الغلط هو السبب الوحيد أو الأساسى فى التعاقد ، والثانى أن يكون غلطا مغتفرا ، والواقع أن هذه هى نفسها شروط الطعن بالغلط فى الواقع .

وقد يستبعد القانون فى بعض الحالات الطعن فى العقد للغلط فى القانون كما هو الشأن فى الصلح ، فالمادة ١١١٢ من تقنين الالتزامات

---

(١) السنهورى : الوجيز فقرة ١٢٨ . ص ١١٨ . ص ١١٩ .

والعقود المغربى تنص على أنه : " لا يجوز الطعن فى الصلح بسبب غلط فى القانون " . وهو يطابق المادة ٥٥٦ مدنى مصرى حرفيا ، كذلك يحرم الفصل ٧٣ من تقنين الالتزامات والعقود الطعن فى الوفاء بالتزام طبيعى من مدين ظن أنه ملزم به مدنيا على أساس الغلط أى أن وفاءه يبقى صحيحا ولا يعتبر دفعا لغير مستحق .

١٥٢ – وقد نص التقنين المدنى المصرى فى المادة ١٢٤ على أنه لا يجوز للمتعاقد أن يتمسك بالغلط على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية . وهذا الشرط رغم أنه غير منصوص عليه فى القانون المغربى إلا أنه يتعين الأخذ به لأن القواعد العامة تقضى بذلك .

١٥٣ – وقد أضاف المشرع المغربى اعتبارات لها وزنها عند تقدير الغلط هى ضرورة مراعاة ظروف الحال من حيث سن الأشخاص الذين يتمسكون بالغلط وحالتهم وكونهم ذكورا أو اناثا . وليست هذه هى فحسب ظروف الحال بل يمكن ادراج مدى خبرة الشخص وطبيعة مهنته كما يفعل القضاء الفرنسى . والمشرع المغربى فى ذلك متأثر بالمعيار الذاتى (١) .

---

(١) الكزبرى : جـ ١ فقرة ٦٤ ص ٩٧ كما يضيف الفصل ٤٥ من تقنين الالتزامات والعقود أنه اذا كان المتعاقد قد استخدم وسيطا فى ابرام التعاقد ، فإن ذلك لا يمنعه من التمسك بالغلط الذى وقع فيه الوسيط سواء كان غلطا فى الواقع أو القانون خصوصا فى حالة توافر الاعتبار الشخصى L'intuitu personae طبقا للفصل ٤٢ وفى حالة الغلط فى صفة فى الشىء أو فى نوعه أو فى مادته –

ولكـن يجـب إلـى جـانب ذلـك ان يضـع القضــاء فـى اعتبـاره مـا يتعلـق باستقرار التعامل من الاعتبارات .

— إذا كان دافعا الى التعاقد طبقا للفصل ٤١ من تقنين الالتزامات والعقود . ويلاحظ أن الوسيط قد يكون وكيلا عن المتعاقد وقد يكـون رسـولا عنـه وقـد يكـون سمسارا ، فكل يدخلون فى مفهوم كلمة الوسيط . وتمسك الأصيل فى هذه الحـالات بالغلط الذى تسبب فيه الوسـيط او وقـع فيـه ، يمكـن أن يـؤدى الـى تمسـك الطـرف الآخر بالخطأ الصادر من الوسـيط فيطـالب الوسيط بـالتعويض بـل وقـد يطـالب بـه الأصيل . وقد يكون التعويض الذى يقضى به على الأصيل هو الزامه بـالعقد رغـم الغلط باعتباره مسئولا عن خطأ الرسـول الـذى أوفـده ، ويكـون لـه أن يرجـع علـى الوسيط بما أداه من تعويض أو بما تحمله من ضرر بسبب الزامه بالعقد . فالوسـيط فى هذه الحالات يكون فـى الغـالب مسـئولا أمـام أحـد الجـانبين : أمـا تجـاه المتعـاقد الآخـر إن ابطـل العقـد للغلـط ، وأمـا تجـاه الأصيـل إن الـزم الأصيـل بـالعقد أو بالتعويض ولهذا يشير الفصل ٤٥ الى المسئولية التقصيرية بهذا المعنى فيقـول : " وذلك دون اخلال بالقواعد العامة المتعلقة بالخطأ " .

ثم يضيف الفصل ٤٥ حالة الخطأ الذى يقع فـى نقل البرقيـات والمنصـوص عليه فى الفصل ٤٣ باعتباره سببا يسمح بالتمسك بالغلط نتيجة الخطأ الحـاصل فـى تبليغ البرقية ونصها : " إذا وقع خطأ أو تحريف أو تأخير فـى نسـخ البرقيـة طبقـت القواعد العامة المتعلقة بالخطأ ، ويفترض عدم وقوع الخطأ من مرسل البرقية ، إذا كان قد طلب مقابلتها مع الأصل ، أو ارسلها مضمونة وفقا للضوابط التلغرافيـة " . ففى هذه الحالات يكون للمبلغ بالبرقيـة أن يتمسك بخطـأ مرفـق التلغـراف باعتبـاره تسبب فى غلطة فيكون العقد قابلا للابطال وله أن يرجع من ناحية أخرى بالتعويض طبقا للفصل ٧٩ أو على موظفى هذا المرفق بصـدد اخطـائهم الجسـيمة أو تدليسـهم طبقا للفصل ٨٠ (الكزبرى : فقرة ٦٣ ص ٩٦ – ٩٧) .

وننبه إلى أن المشرع المغربى قد استخدام فى احكام الغلط تعبير الابطـال وتعبير الفسخ ، والابطال يكون جزاء على عيوب الارادة ، أما الفسخ فيكون بصـدد عقد صحيح غير باطل ولا قابل للابطال وانما لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذه فجـزاؤه الفسخ . فالفسخ فى هذا الموضع غير منطبق . والعقد يبطـل ولـو عـرض المتعـاقد الآخر ان ينفذه ، ولذلك نـرى أن تعبير الفسـخ جـاء هنـا بمعنـى انحـلال العقد عـن طريق ابطاله لا فسخه ، ولكن المشرع قد خانه التعبير فلم يدل على مقصده .

المطلب الثانى
نظرية الغلط فى الفقه الإسلامى

١٥٥ - من المعروف أن الفقه الإسلامى يتميز بنزعة موضوعية(١) ، ومع ذلك فإن نظرية الغلط تجد مكانها فى مواضع مختلفة من مؤلفات الفقه الإسلامى بل هى تأتى أحيانا بنفس هذا الإسم (الغلط) (٢) . وتأتى معالجتها كذلك من خلال شرح الخيارات : خيار الوصف وخيار العيب وخيار الرؤية . ولما كان الغلط أشد عيوب الإرادة ذاتية ، وتتدرج العيوب نحو الموضوعية فى التدليس ثم الإكراه ، فإن الفقه الإسلامى يعتد بهذه العيوب متدرجا فى زيادة الإهتمام بها كلما زادت الموضوعية فيها . أى يزيد اعتداده بالتدليس أكثر من الغلط والإكراه أكثر منهما معا (٣) ، ومع ذلك فسوف نرى أن اعتداده بالغلط لا يقل عما أصبح مقررا فى الفقه الغربى إن لم يكن أكثر .

والغلط فى الفقه الإسلامى يمكن عرضه بنفس الترتيب المتقدم توخيا للإيضاح وسهولة المقارنة .

---

(١) عبدالفتاح عبدالباقى : فقرة ١٥٧ ـ ص ٣٢٥ .

(٢) من ذلك معالجة التسولى للغلط فى صفحة ٢٤ من الجزء الثانى من مؤلفه البهجة فى شرح التحفة .

(٣) السنهورى : مصادر الحق جـ ٢ ص ١٠٤ ص ١٠٥ . ويقرر هذا المعنى تقريبا بالنسبة إلى القانون الفرنسى الأساتذة مازو الفقرة ١٨٨ ـ ص ١٤٨ والفقرة ١٩٢ ـ ص ١٥٣ .

١٥٦ ــ الغلط في الشيء : يفرق الفقه الإسلامي بين الغلط المانع ، وبين ما يسمى " فوات الوصف المرغوب فيه" . فالغلط المانع يؤدى إلى بطلان العقد لأنه يقع على معدوم وبيع المعدوم باطل (١) ،

---

(١) وهناك رأى آخر للكرخي يقول بأنه فاسد لأن الغلط يأتي من تسمية جنس والإشارة إلى غيره ومن باع شيئا سماه واشار إلى غيره يصير كأنه باع شيئا بشرط أن يسلم غيره وذلك فاسد . أنظر السنهوري . مصادر الحق جـ٢ ص١٠٧. ومع ذلك يرى الدكتور عبدالفتاح عبدالباقي أن محاولة الدكتور السنهوري لإستنتاج التقارب ان لم يكن التشابه بين الفقه الإسلامي والقانون المعاصر بالنسبة إلى الغلط ليست ناجحة : فلم يلجأ فقهاء المسلمين إلى فكرة الغلط لإبطال العقد ، بل انهم لم يلجأوا حتى إلى التراضي للوصول إلى انعدامه ولكنهم ابطلوا العقد تأسيسا على انعدام محل الإلتزام أو ما يسمى عندهم المعقود عليه ، وهم في ذلك يقولون إنه إذا اختلف الجنس (كما إذا قال بعتك هذا الياقوت فإذا هو زجاج) ، أو وقع التفاوت الفاحش في الوصف (كما إذا قال بعتك هذه الدار المبنية من الآجر فإذا بها من لبن) فإن العقد لا ينعقد أصلا ، لأن العاقد قد قصد شيئا ، في حين أن هذا الشيء بذاته غير موجود في الحقيقة . فالعقد هنا يبطل لأن المعقود عليه معدوم ، والمعدوم لا يصح أن يكون محلا للتعاقد . . وهكذا فبطلان العقد هنا وفق منطق الفقه الإسلامي لا يقع تأسيسا على انعدام الرضاء . . ولكن على انعدام المحل . . وبالنسبة إلى إختلاف الوصف دون تفاحش كما إذا باع ياقوتا أحمر فإذا به أصفر أو بقرة فإذا بها ثور يخول الفقه الإسلامي للعاقد اما الإبقاء على العقد كما هو واما فسخه . وقد ارجع الإستاذ السنهوري ذلك إلى فكرة الغلط المؤثر . وهذا لا يتسق إطلاقا مع ما جاء في كتابات الفقهاء المسلمين . فجميع الأمثلة التي تضمنتها عبارات الفقهاء المسلمين . . لا تخرج عن حالات ثلاث : ١- اما أن يكون الوصف المرغوب فيها مسبوقا بعبارة " على أنه " كما هو الشأن في المثل السائد الذي يقول : " إذا باع ليلا فصا على إنه ياقوت أحمر فظهر أصفر" أو ذاك الذي يقول : " لو إشترى كتابا على أنه من تأليف محمد (بن الحسن الشيباني) فظهر أنه كتاب غيره " ٢- وإما أن يكون الوصف المرغوب فيه مسمى في العقد كما إذا قال " بعتك هذا الفص من الياقوت الأحمر " فظهر أصفر . ـ

فإذا اعتقد أحد الطرفين أى الشىء من جنس معين فتبين أنه من جنس آخر ، كأن باع ياقوتا فإذا هو زجاج ، فهذا يمنع من انعقاد العقد . كذلك يعتبر غلطا مانعا التفاوت الفاحش بين حقيقة الشىء وما اراده

= ٣- وإما أن يكون الوصف المرغوب فيه مستخلصا دلالة من ظروف التعاقد كما إذا اشترى شخص عبدا شهرته أنه خباز أو أنه كاتب فظهر غير ذلك . ومن هذه الأمثلة يبين أن خيار الفسخ عند اختلاف الوصف لا يثبت إلا إذا كان الوصف المرغوب مشترطا فى العقد اما صراحة أو إشارة أو دلالة . وهكذا فمجرد خيار الفسخ هنا لا يرجع إلى فكرة الغلط كما ذهب استاذنا السنهورى ولكن إلى الإخلال بشرط تضمنه العقد أن صراحة أو إشارة أو دلالة بفوات وصف مرغوب فيه تضمنه هذا الشرط . وهذا هو بالفعل أساس ما يطلق عليه فى الفقه الإسلامى " خيار الوصف " . هكذا يبين أن خيار الفسخ لفوات الوصف لا يرجع إلى فكرة اشتراط الوصف المرغوب ثم تخلفه ، وليس أدل على ذلك من عدم ثبوت ذلك الخيار عند عدم اشتراط هذا الوصف . مثال ذلك أن يبيع شخص مصلى غير عالم بأنها خز أو أن يبيع ثوبا مرويا معتقدا أنه غير ذلك . وبالنسبة إلى الإختلاف فى الشخصية يقول الأستاذ السنهورى أن الفقه الإسلامى يقر الغلط فى الشخصية إذا كانت محل إعتبار فى التعاقد ويضرب لذلك عدة أمثلة أهمها زواج المرأة برجل يتضح لها أنه ليس كفؤا لها ، وتنازل الشفيع عن الشفعة اعتقادا منه بأن المشترى شخص معين ثم يتضح أنه شخص آخر وإجارة الظئر التى يبين عدم صلاحها . . والحقيقة أن الغلط لا يلعب هنا أى دور وإنما ثبوت خيار الفسخ يرجع إلى إعتبارات أخرى تختلف بإختلاف كل حالة . فبالنسبة إلى الزواج لا يرجع خيار الفسخ عند انتفاء الكفاءة إلى فكرة الغلط وإنما إلى وجوب حماية المرأة من زواجها برجل لا يكون لها كفؤا . وآية ذلك أن فسخ الزواج لعدم الكفاءة لايثبت وفقا لإجماع مذاهب السنة الأربعة إلا للمرأة دون الرجل . ثم ان المراة التى تتزوج بمن لا يكون لها كفؤا تستطيع فى المذهب الحنفى على الأقل أن تطلب فسخ الزواج حتى لو كانت تعلم عند الزواج بأن رجلها ادنى منها مرتبة . وبالنسبة إلى الشفعة فالحكمة منها وهى دفع أذى المشترى هى التى تقضى أن تنازل الشفيع لا يقع صحيحا إلا بالنسبة إلى الشخص الذى يقع من أجله لا من أجل شخص آخر . =

المتعاقد ، فمن باع دارا من آجر فإذا بها من لبن ، لا ينعقد عقده ، ومن باع عبدا فإذا به جارية ولا ينعقد عقده ، لتفاحش التفاوت وأن اتحد الجنس (١) .

= وكذلك بالنسبة إلى الظئر فمصلحة الطفل هى المقصودة من اجارتها فإذا استبان تخلف هذه المصلحة كان لوليه أن يفسخ الإجارة . وبالنسبة إلى الغبن فإن الغلط فى القيمة غير مؤثر فى الفقه الإسلامى فالذى يهتم به هذا الفقه هو الغبن بل أنه كأصل عام لا يهتم بالغبن المجرد وإنما يتطلب أن يجىء هذا الغبن وليد التغرير أو التدليس . من كل ما سبق يخلص أن فكرة الغلط غريبة عن الفقه الإسلامى ولا تتسق مع النزعة المادية الموضوعية التى تسوده " . أنظر : عبدالفتاح عبدالباقى : فقرة ١٥٩ ـ ص ٣٢٧ ـ ٣٣١ . ورغم هذه الإنتقادات فإن الشيخ محمد ابوزهرة يتفق فى الرأى مع السنهورى.أنظر كتابه: الملكية ونظرية العقد ـ الفقرتان ٢٥٥ ، ٢٥٦ ـ ص ٤٥٩ ـ ٤٦١ .

(١) السنهورى : مصادر الحق جـ ٢ ص ١٠٧ . ويهمنا فى هذا الموضع أن نقف وقفة قصيرة نوضح فيها موقف الإسلام من نظام الرق : أسرف بعض الطاعنين فى القدح فى الشريعة الإسلامية لا قرارها إياه . وأول حقيقة واضحة فى هذا الصدد هى أن نظام الرق لم يكن من صنع الإسلام ، بل كان نظاما موجودا قبل الإسلام بقرون طويلة وقد جاء الإسلام بنظام لتصفيته أولا بأول ولكنه لم يلغه مرة واحدة لأن سنة الإسلام أخذ الناس بالتدرج للوصول إلى نتيجة معينة ، فكما تدرجت الشريعة فى تحريم الخمر والربا ، تدرجت فى وضع حد للرق . فقد كانت للرق أبواب ومنافذ عديدة تؤدى بالحر إلى حالة الرق ، ولم تكن هناك سبل مفتوحة للرقيق ليصلوا إلى حالة الحرية . ولم يكن من مصلحة المسلمين أن تلغى شريعتهم هذا النظام مرة واحدة ، وذلك لأسباب سياسية ، فإلغاء الرق مرة واحدة يؤدى إلى أن كل حرب يعتدى فيها على المسلمين فيؤسر بعضهم يسترقه الأعداء كما هو مألوف فى العصور القديمة ولن يسترق المسلمون أسرى الأعداء إذا حرمت الشريعة الرق ، فيبقى المسلمون تحت يد الأعداء أرقاء ، والكفار عند المسلمين أحرارا ، وتلك نتيجة لا يمكن قبولها لأنها تجعل الكافر فى وضع أفضل من وضع المسلم ، أو بعبارة أخرى تجعل من يدخل فى الإسلام مهددا بالاسترقاق =

ويخلص من ذلك أن دائرة الغلط المانع فى الفقه الإسلامى تزيد اتساعا عن مثيلتها فى الفقه الغربى ، فاختلاف الجنس يعتبر غلطا مانعا فى الفقه الإسلامى ، بينما لا يكون هذا الإختلاف دائما من قبيل الغلط المانع فى الفقه الغربى ، بل يمكن أن يكون من قبيل الغلط الذى يعيب الإرادة فقط ، فلا يكون العقد باطلا وإنما يكون قابلا للأبطال فحسب ، ويزيد الفقه الإسلامى فوق ذلك ، أنه يجعل التفاوت الفاحش فى منفعة الشىء من قبيل الغلط المانع ، وهذا لا يأخذ به الفقه الغربى .

= ومن يبقى على الكفر غير مهدد به من المسلمين ، وكل ذلك من شأنه أن يزعزع العقيدة فى نفوس المسلمين وأن يجعل الناس لا تقبل على إعتناق الإسلام فيضعف شأنه ، لذلك كله كان لابد من معاملة الشعوب الأخرى بالمثل فيبقى الرق عند المسلمين ليكون وسيلة لهم لإفتداء اسراهم من أيدى الكفار عن طريق تبادل الأسرى بعد إنتهاء الحرب . ولكن الشريعة الإسلامية إذ أبقت على نظام الرق ، غيرت فيه تغييرا جوهريا ، وذلك بأن عكست الوضع الذى كان موجودا من قبل ، فبعد أن كانت هناك منافذ تقود إلى حالة الرق ولا توجد منافذ تخرج منه غير الموت ، قلبت الشريعة الوضع بأن فتحت منافذ تخرج من حالة الرق . واغلقت المنافذ والأبواب التى تؤدى إلى حالة الرق عدا واحدا منها هو باب الحرب . فمن المعروف أنه كانت هناك أبواب تقود إلى الرق مثل الإسترقاق للعجز عن سداد الدين ، كما كان عليه الحال فى القانون الرومانى ، وقد منعته الشريعة الإسلامية ، وحتى نافذة الحرب التى أبقت عليها عملت على تصفية وضع الرقيق الآتى منها شيئا فشيئا ففتحت أبوابا تخلص منها : فالرقيقة إذا انجبت ولدا صارت حرة والعبد يستطيع أن يعقد إتفاق المكاتبة وبمقتضاه يتحرر من حالة الرق مقابل أن يدفع لسيده ثمن نفسه مما يجنيه من عمله . وجعلت الشريعة كفارة بعض الذنوب تحرير رقبة ، مما يدل على أن تحرير العبد قربة إلى الله ومنقذ من الذنوب ، لأن الله يكره خضوع عباده لغيره . ومن أمثلة ذلك الظهار (فى سورة المجادلة) وقتل النفس المؤمنة خطأ (فى سورة النساء) والحنث فى اليمين (فى سورة المائدة) وجعلت الشريعة الغراء من مصارف الزكاة شراء العبيد وتحريرهم ، =

اما إذا كان الجنس واحدا ، ولكن المنفعة كانت متفاوتة تفاوتا غير فاحش ، فإننا ندخل فى دائرة الغلط الذى لا يمنع من إنعقاد العقد وأن كان يعيب الإرادة ، إذ أن الأمر ينحصر فى فوات وصف مرغوب فيه ، وحكم المسألة أن العقد عندئذ صحيح نافذ ولكنه غير لازم ، ويثبت لمن وقع فى الغلط فيه ما يسمى بخيار الوصف ، فإذا باع شخص ياقوتا أحمر ، فتبين أنه أصفر ، أو باع كتابا لمؤلف معين فإذا هو لمؤلف آخر ، فللمشترى الخيار أن يأخذ أو يرد بخيار الوصف ، لأن الوصف الذى ينشده فى الشىء لم يتحقق وفوات الوصف يقابله فى الفقه الغربى عدم توافر صفة جوهرية فى الشىء غير أننا رأينا أن الصفة الجوهرية يمكن أن تشتمل بعض الأمور التى يعتبرها الفقه الإسلامى من قبيل الغلط المانع (١) .

- وبطبيعة الحال إذا تيسر افتداء الأسرى المسلمين بتبادل الأسرى مع الأعداء فإن ذلك أمر مشروع . ولم يكن اغلاق نافذة الحرب كمصدر لحالة الرق مفيدا للمسلمين إلا إذا تم ذلك من الأطراف كافة أى أن يكون مقررا لدى جميع الشعوب أن الاسر فى الحرب لا يؤدى إلى الرق ، وهذا لم يتيسر إلا فى العصور الحديثة بعد أن ألغى الرق دوليا . ومن ناحية أخرى قررت الشريعة الإسلامية للرقيق معاملة آدمية ، فأمرت بإطعامه وكسوته مثلنا ، وأمرت بألا نكلفه مالا يطيق من الأعمال الشاقة ، وأمرت بحسن معاملته بصفة عامة ، والخلاصة أن تصفية نظام الرق من مفاخر الشريعة الإسلامية ، أنظر فى هذا الدروس التى ألقيناها على طلبة قسم الدكتوراه فى القانون الخاص عام ٧٥ ــ ١٩٧٦ بكلية الحقوق بالرباط ص ٥١ .

(١) السنهورى : مصادر الحق جـ ٢ ص ١١٠ ص ١١٢ .

ولما كان من شأن التمسك بالغلط كعنصر نفسى التأثير على إستقرار التعامل ، فإن الفقه الإسلامى فى معرض الموازنة بين إحترام الإرادة الحقيقية وبين استقرار التعامل ، يميز بين حالات ثلاث :

الحالة الأولى : أن لا يكشف المتعاقد عن إرادته الحقيقية للطرف الآخر ، ولا تكون هذه الإرادة مكشوفة يسهل التعرف عليها . وفى هذه الحالة لا يكون له أن يتمسك بالغلط ، لأن ذلك يضر بالآخر ويخل باستقرار التعامل بينما الأول مخطىء فى أنه لم يفصح عن إرادته أو لم يوضح مقصده . فإذا اشترى شخص مصلى على أنها من خز فاتضح غير ذلك ، أو باعها البائع بثمن بخس جاهلا أنها من خز ، فإن المشترى لا يستطيع أن يتمسك بالغلط لأنه لم يفصح للبائع عن أنه يريد مصلى من خز ، ولا يستطيع البائع أن يتمسك بغلطه فى الفرض العكسى لأنه لم يعلن إلى المشترى أنه يبيعه مصلى من خز . ويقع أحيانا فى التعامل أن يفصح أحد المتعاقدين عن اسم الشىء الذى يبيعه أو يشتريه بما ينطبق على الشىء وعلى غيره ، فيقول مثلا : ابيعك هذا الحجر ثم يتبين أنه ياقوته ، وهذه الأشياء النفيسة تسمى أحجارا كريمة ، فكلمة الحجر منطبقة عليها . فالمشترى لا يستطيع أن يكشف كون البائع واقعا فى غلط ولذلك لا يجوز للبائع الطعن فى العقد . أما إذا حصل العكس فقال البائع ابيعك هذه الياقوتة ، فتبين أنها من الزجاج لا الياقوت ، فإن الغلط واضح من التعبير ، ولذلك لا يلزم البيع . ويمكن تبرير إلزام البائع فى حالة بيع الياقوتة على أنها حجر ، بأن

غلطه غير مغتفر أما فى الحالة العكسية حيث يبيع الزجاجة على أنها ياقوتة فإن غلط المشترى مغتفر (١) .

الحالة الثانية : أن يكشف المتعاقد عن إرادته ، أو أن تكون هذه الإرادة مكشوفة ، فيكون الغلط الذى وقع فيه واضحا أو من السهل معرفته ، ولذلك يعتد بالغلط ، لأن ذلك لا يخل باستقرار التعامل . وتبين الغلط يكون بكشف الإرادة ، كما إذا عين المتعاقد الشىء تعيينا نافيا للجهالة وبين الأوصاف التى يشتمل عليها ، أو التى يريده أن يشتمل عليها ، بالتسمية أو الإشارة أو ذكر الأوصاف أو بها جميعا .

وذكر اسم الشىء يكشف عن الإرادة الحقيقية ، والإشارة إليه تكشف عن الإرادة الظاهرة . فإذا اجتمعا وتطابقا فلا محل للغلط لأن الإرادة الحقيقية والإرادة الظاهرة متطابقتان فإذا اختلفت الإرادتان ، أى عبر عن شىء وإشار إلى آخر ، فالعبرة بالإرادة الحقيقية التى جاءت من خلال النطق باسم شىء ، فإذا كان الشىء المشار إليه من جنس مختلف أو كان من نفس الجنس ولكن مع تفاوت فاحش فى المنفعة فإن الغلط هنا غلط مانع . أما إذا كان من نفس الجنس وكان تفاوت المنفعة غير فاحش ، فالعقد ينعقد ولمن فاته الوصف الخيار .

---

(١) السنهورى : مصادر الحق جـ ٢ ص ١١٥ ص ١١٦ .

ويكشف المتعاقد عن إرادته كذلك في صورة البيع على البرنامج ، وهو البيع بناء على دفتر مكتوب ومبينة فيه أوصاف المبيع ، ويشبه فكرة " الكاتالوج " في هذه الأيام . فإذا كانت في المبيع نفس الأوصاف لزم البيع ، فلا رجوع فيه ، وأن لم توجد الصفات خير المشترى ، لأن إرادته قد شابها غلط . وقد لا يكشف المتعاقد عن إرادته ولكن يكون في استطاعة المتعاقد الأخر أن يستخلصها من الملابسات وظروف الحال أو ظروف المكان وعندئذ إذا كانت هذه الإرادة المستخلصة ضمنا قد وقعت في غلط جاز أن يكون لصاحبها الخيار (١) . فإذا لشترى شخص عبدا شهرته أنه خباز أو كاتب ، فلم يجد فيه المشترى هذا الوصف ، فإن الملابسات تدل على أن الوصف الذى اشتهر به كان مرغوبا فيه وهو وصف غير صحيح ، فيكون للمشترى الخيار . وكذلك من يبيع حجرا في سوق الجواهر تدل ظروف المكان على أنه يبيع جوهرة فإذا تبين أنها ليست كذلك كان للمشترى ردها (٢) .

وقد تستخلص إرادة الواقع في الغلط من طبائع الأشياء ، وهذه الصورة تعرف في الفقه الإسلامى بخيار العيب . وهذا الخيار ثابت بالشرط دلالة . وبيان ذلك أن المتعاقد قد يشترط صراحة براءة الشيء

---

(١) والخيار هنا يشبه فكرة قابلية العقد للأبطال في القوانين الحديثة لأن المتعاقد الواقع في الغلط يستطيع أن يتغاضى عن العيب فيجيز العقد ، أو أن يتمسك بالغلط فيبطله ، وهذا هو خياره المقرر له في الفقه الإسلامى أيضا .

(٢) السنهورى : مصادر الحق جـ ٢ ص ١١٦ ص ١٢١ .

من العيوب ، وقد لا يشترط صراحة فيكون الطرف الآخر قد كفل له دلالة سلامة الشيء من العيوب " . ويرجع فى تحديد العيب إلى طبيعة الشيء ، فما يتنافى مع طبيعة الشيء على تقدير أنه سليم بعد عيبا ، والعيب ما تخلو عنه الفطرة السليمة مما يعد به نقصا . ومن اشترى شيئا دون أن ينبهه البائع إلى وجود عيب فيه ، فمن حقه أن يحسب أن الشيء خال من العيوب . . . فسلامة الشيء من العيوب شرط ضمنى فى العقد تقتضيه طبائع الأشياء . فإذا ظهر عيب فى الشيء تبين أن المشترى كان واهما عندما اعتقد أن الشيء سليم من العيب ، ومن هنا كان خيار العيب متصلا أوثق الإتصال بنظرية الغلط .

وكل ما يوجب نقصان الثمن فى عادة التُّجار نقصانا فاحشا أو يسيرا فهو عيب يوجب الخيار . ويشترط فيه جهل المشترى بوجوده عند العقد والقبض ، فإن كان عالما به عند أحدهما فلا خيار له لأن الإقدام على الشراء مع العلم بالعيب رضاء به دلالة ، وكذا إذا لم يعلم عند العقد ثم علم بعد القبض ، لأن تمام الصفقة متعلق بالقبض فكان العلم عند القبض كالعلم عند العقد ، ويشترط أيضا عدم إشتراط البراءة من العيب ، ثم أن خيار العيب يسقط بالرضاء بالعيب بعد العلم به .

الحالة الثالثة : حالة خيار الرؤية ، وهو يثبت لمن اشترى شيئا لم يره ، ففى الحديث الشريف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه " ، لأنه إذا لم يجد

الشيء عند رؤيته على ما اعتقد من الصفة والحال ، يكون واقعا في غلط فيكون له أن يرده إلى البائع . والغلط في هذه الحالة غلط فردى ، لا يعلمه الطرف الآخر ولا يستطيع أن يعلم به ، ومع ذلك فالفقه الإسلامي يجعل الغلط هنا منتجا لأنه لا خطر من ذلك على إستقرار التعامل ، إذ الفرض هنا أن المشترى لم ير الشيء وإذا أراد البائع أن يجعل البيع لازما من أول الأمر فعليه أن يقدم الشيء للمشترى ليراه ، فإذا قبضه لم يكن له خيار بعد ذلك .

والفقه الإسلامي هنا يعتد بالغلط الفردى بينما لا يعتد به الفقه الغربى بصفة عامة ، والفقه الإسلامي يفترض في هذه الحالة أن الغلط ثابت ، لأن دعوى المشترى مصدقة دون إلزامه بإقامة البينة ، فكأن البائع إذا باع شيئا لم يره المشترى قبل الشراء يكون قد احتكم لذمة المشترى دون يمين إذا أدعى المشترى الغلط . ويسقط خيار الرؤية إذا أجاز المشترى البيع بعد الرؤية صراحة أو دلالة ، كما إذا تصرف فيه بعد رؤيته. ولا يثبت خيار الرؤية للبائع ، لأنه لا حجة له في إدعاء عدم رؤية الشيء وهو يملكه (١) .

١٥٧ - الغلط في الشخص :

يجعل الفقه الإسلامي الغلط في ذاتية الطرف الآخر ، أو في صفة جوهرية فيه عيبا في التصرف . ففي عقد الزواج تكون شخصية

---

(١) السنهورى : مصادر الحق جـ ٢ ص ١٢٣ ـ ص ١٢٦ .

الزوج محل إعتبار ، فيجب أن يكون كفؤا للزوجة خاليا من أمراض معينة ، وإلا جاز التفريق .

وفى بعض التصرفات يعتد بشخصية المتعاقد ، كما فى الشفعة ، والوكالة وإجارة الظئر .

ففى الشفعة إذا سلم الشفيع فى الشفعة للمشترى عندما علم باسمه على أساس أنه لا يتأذى بجواره ، ثم تبين له أن المشترى شخص آخر فإن تسليمه فى الشفعة (وهو تصرف قانونى بإرادة منفردة) يكون مشوبا بالغلط فى ذاتية الشخص وتبقى له الشفعة (المادة ١٤٥ من مرشد الجيران) (١) .

وفى تصرف الوكيل يقرر الفقه الإسلامى أن الوكيل تلزمه العهدة وترجع حقوق العقد إليه إذا كان أهلا لذلك ، فإذا لم يكن أهلا رجعت حقوق العقد إلى الموكل لا إليه.فإذا كان من يتعاقد مع الوكيل يعتقد أنه أهل ترجع إليه حقوق العقد فتبين أنه غير أهل ، كان واقعا فى غلط فى صفة جوهرية فى الوكيل وهى أهليته لتحمل حقوق العقد ، وله الخيار بين فسخ العقد وإمضائه . وفى إجارة الظئر أى المرضعة للصغير تكون شخصية المرضعة محل إعتبار ، من حيث صلاحية لبنها لإرضاع الطفل ، ومن حيث الخلق ، فلا تكون فاجرة أو حمقاء

---

(١) السنهورى : مصادر الحق جـ ٢ ـ ص ١٢٧ ـ ص ١٢٩ .

أو خائنة تسرق المتاع ، فالغلط فى شىء من ذلك يكون غلطا فى صفة جوهرية (١) .

١٥٨ – الغلط فى القيمة :

هناك علاقة بين الغلط فى القيمة وبين الغبن ، لأن الأول يؤدى إلى الثانى . ولكن الغبن أوسع مدى لأنه يقع أحيانا مع علم المغبون بالقيمة الحقيقية للشىء فقد يدفع ثمنا للشىء أكبر مما يباع به عادة لشدة حاجته إليه ، ويكون عالما بذلك فلا يعتبر واقعا فى الغلط وإن كان الغبن ظاهرا أو موجودا . وبصفة عامة لا يعتد الفقه الإسلامى بالغلط فى القيمة إلا عن طريق الغبن ، ولا يعتد بالغبن ولو كان فاحشا إلا إذا صحبة تغرير أو تدليس ، إلا إذا كان الغبن فى مال المحجور أو فى مال الوقف أو بيت المال فيرد التصرف بالغبن الفاحش ولو لم يوجد تغرير (المادة ٣٥٦ من المجلة) وفى مذهب الإمام مالك يذهب رأى إلى أن الغبن لا يثبت معه الخيار إلا إذا صحبه تغرير ، بينما يذهب رأى آخر إلى أن الغبن يثبت الخيار بثلاث شروط هى :

١– أن يكون غبنا فاحشا فى غير بيع المزايدة ، ويقدر الغبن الفاحش بأنه الثلث زيادة فى البيع أو نقصا فى الشراء على قول ، وعلى قول آخر بقدر مالا يتغابن به الناس وتعتبر القيمة وقت البيع .

---

(١) السنهورى : مصادر الحق جـ ٢ ـ ص ١٢٩ ـ ص ١٣٢ .

٢- أن يكون الغبن نتيجة جهل المغبون وغلطه فى قيمة المبيع ، وأن يكون معروفا بعدم الخبرة واستغل المتعاقد الآخر عدم خبرته وهذا يشبه بالإستغلال فى الفقه الغربى .

٣- أن ترفع دعوى الغبن خلال سنة (١) .

١٥٩ - الغلط فى القانون :

يسمح الفقه الإسلامى بالإحتجاج بالغلط فى القانون فى حدود ضيقه على النحو التالى :

إذا كان من يعتذر بجهله القانون مقصرا فى جهله فلا عذر له ، فيحاسب على الجهل . فإذا اشترى شخص منقولا فطلب الجار هذا المنقول بالشفعة فسلم المشترى بها ، ظنا منه أن الشفعة تجوز فى المنقول ، فإن جهل المشترى لا يخلو من التقصير من جانبه ، فلا يسمح له بالتمسك به ويعتبر أنه قد باع الشيء إلى طالب الشفعة ويبقى البيع ملزما له . أما إذا لم يكن هناك تقصير فى معرفة حكم القانون فإنه يكون معذورا فى جهله به ، ويعتد بالغلط الذى تردى فيه . فالحربى إذا أسلم وشرب الخمر معذور إذا جهل أن شرب الخمر محرم على المسلمين ، إذ لم يسبق له السكنى فى دار الإسلام ليعلم بالحكم .

---

(١) التسولى : البهجة فى شرح التحفة جـ ٢ ـ ص ١٠٦ ، السنهورى مصادر الحق جـ ٢ ـ ص ١٣٣ ـ ص ١٤٢ .

اما الذمى الـذى يسـلم ، فيتعبر مقصـرا فـى جهلـه لأنـه عـاش فـى دار الإسلام وكان يستطيع أن يعلم بحكـم تحريـم الخمـر لأنـه ذائـع فـى دار الإسلام . أمـا تحريـم الزنـا فيؤخـذ بـه الحربـى والذمـى إذا أسـلما لأنـه محرم فى جميع الأديان ، فلا يجوز الإعتذار بالجهل به (١) .

١٦٠- وخلاصـة مـا تقدم أن الفقـه الإسـلامى يعتـد بـالغلط فـى الشىء وفى شخص المتعاقد أو فى صفة من صفاته ، ويعتد بالغلط فـى القيمة ، وفى الباعث على التعاقد ، وفى القانون ، ويزيد الفقه الإسلامى على الفقه الغربى فى أمور ثلاث :

الأول : حرصه على إستقرار التعامل بحيث لا يخـل بـه التمسـك بالغلط .

والثانى : أنه يعتد بالغلط الفردى إذا كان المتعاقد لم يـر الشـىء محل العقد فيجعل له خيار الرؤية .

والثالث : جعله التفاوت الفاحش فى المنفعة غلطا مانعا (٢) .

---

(١) السنهورى : مصادر الحق جـ ٢ ـ ص ١٤٢ ـ ص ١٤٦ .

(٢) فى محاولة للتوفيق بين أحكام الفقه الإسـلامى والفقـه الغربـى ، وضـع المشرع المدنى العراقى النصوص التالية ملخصا فيها ما تقدم من الأحكام .

المادة ١١٧: ١' - إذا وقع غلط فى محل العقد وكان مسمى ومشارا إليه ، فإن اختلف الجنس تعلق العقد بالمسمى وبطل لإنعدامه . وأن إتحد الجنس =

المبحث الثانى

التدليس

١٦١ – سنقسم دراسة موضوع التدليس le dol كعيب من عيوب الإرادة إلى مطلبين :

المطلب الأول : التدليس فى القوانين الحديثة .

المطلب الثانى : التدليس فى الفقه الإسلامى :

– واختلف الوصف ، فإن كان الوصف مرغوبا فيه تعلق بالمشار إليه وينعقد لوجوده ، إلا أن يكون موقوفا على إجازة العقد .

" ٢– فإذا بيع هذا الفص على أنه ياقوت فإذا هو زجاج بطل البيع . ولو بيع هذا الفص ليلا على أنه ياقوت أحمر ، فظهر أصفر ، أو بيعت البقرة على أنها حلوب فظهرت غير حلوب ، يكون البيع موقوفا على إجازة المشترى " .

المادة ١١٨ – " لا عبرة بالظن البين خطأه فلا ينعقد العقد .

"١– إذا وقع غلط فى صفه للشىء تكون جوهرية فى نظر المتعاقدين أو يجب إعتبارها كذلك ، للظروف التى تم فيها العقد ، ولما ينبغى فى التعامل من حسن النية.

٢– إذا وقع غلط فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته ، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيسى فى التعاقد ،

" ٣– إذا وقع غلط فى أمور تبيح نزاهة المعاملات للمتعاقد الذى يتمسك بالغلط أن يعتبرها عناصر ضرورية للتعاقد " .

المادة ١١٩ " لا يجوز للمتعاقد الذى وقع فى غلط أن يتمسك به ، إلا إذا كان المتعاقد الأخر قد وقع فى نفس الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبين وجوده " .

المادة ١٢٠ – " لا يؤثر فى نفاذ العقد مجرد الغلط فى الحساب ولا الغلط المادى وإنما يجب تصحيح هذا الغلط .

المطلب الأول
التدليس فى القوانين الحديثة

١٦٢ - نصوص قانونية :

تنص المادة ١٢٥ من التقنين المدنى المصرى على أنه :

١- يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التى لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثانى العقد .

٢- ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة .

وتنص المادة ١٢٦ مدنى مصرى على أنه :

" إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس (١) .

---

(١) يقابل هذا النصين فى التقنينات العربية الأخرى ما يلى من النصوص :
ـ فى القانون السورى : المادتان ١٢٦ ، ١٢٧ مدنى مطابقتان . -

١٦٣ – رأينا أن الغلط وهم ينخدع به المتعاقد ، أما التدليس هنا فهو خداع من الغير للمتعاقد لكي يوقعه فى غلط يدفعه إلى التعاقد (١) ولما كان التدليس مبنيا على فعل الغير ، فإنه يكون أظهر وأيسر إثباتا من الغلط .

وقد كان القانون الرومانى يعاقب على التدليس ، باعتباره جريمة جنائية . ورغم أن التدليس قد تطور بعد ذلك من الناحية المدنية فصار ينظر إليه كعيب من عيوب الإرادة فقط بصرف النظر عما إذا كانت

– فى القانون الأردنى المواد ١٤٣ ـ ١٥٠ مدنى موافقة للفقه الإسلامى .
– فى القانون اليمنى : المواد ١٧٨ ـ ١٨٠ مدنى موافقة للفقه الإسلامى .
– فى القانون الليبى : المادتان١٢٥ ، ١٢٦ مدنى مطابقتان .
– فى القانون العراقى : المادتان ١٢١ ، ١٢٣ مدنى مطابقتان .
– فى القانون اللبنانى : المادتان ٢٠٨ ، ٢٠٩ موجبات وعقود موافقتان .
– فى القانون الجزائرى : المادتان ٨٦ ، ٨٧ موافقة .
– فى القانون الكويتى : المواد من ١٥١ إلى ١٥٤ موافقة وتضيف المادة ١٥٥ إنه إذا لجأ كل من المتعاقدين إلى التدليس على الآخر وجره بذلك إلى التعاقد إمتنع على أى منهما التمسك بإبطال العقد " .
– ينص الفصل ٥٢ من تقنين الإلتزامات والعقود المغربى على أن :
" التدليس يخول الأبطال إذا كان ما لجأ إليه من الحيل ، أو الكتمان أحد المتعاقدين أو نائبه أو شخص آخر يعمل بالتواطؤ معه قد بلغت فى طبيعتها حدا بحيث لولاها لما تعاقد الطرف الآخر ، ويكون للتدليس الذى يباشره الغير نفس الحكم إذا كان الطرف الذى يستفيد منه عالما به " .
وينص الفصل ٥٣ منه على أن : " التدليس الذى يقع على توابع الإلتزام من غير أن يدفع إلى التحمل به لا يمنح إلا الحق فى التعويض" .
(١) مازو : فقرة ١٨٧ ـ ص ١٤٨ .

هناك جريمة نصب أم لا توجد ، إلا أن الصفة الجنائية التى كانت تلحق التدليس فى الماضى ، قد بقى منها أثر فى القانون المدنى الفرنسى هو أنه لا يعتد بالتدليس إلا إذا كان صادرا من المتعاقد الآخر ، أما التدليس من الغير فلا يؤثر على العقد ، ولا يبقى فيه إلا رجوع المتعاقد المدلس عليه على الغير المدلس بالتعويض .

كذلك كان الرومان يفرقون بين التدليس الخبيث dolus malus والتدليس الطيب . dolus bonus . ويقصدون بالتدليس الطيب ما يصدر من المتعاقد من أطراء ومديح فى سلعته ومبالغة فى مزاياها (١) .

وهذه التفرقة مأخوذ بها كذلك فى القوانين الحديثة ، فمجرد إمتداح التاجر لسلعته لا يعتبر تدليسا ، لأن المتعاقد معه من المفروض فيه أن يعلم ما هو من قبيل المبالغة فى المدح أو فى وصف الشىء مما يحصل عادة من الباعة والتجار .

٢٦٤ – والتدليس نوع من الغش يقع عند تكوين العقد ، ولكن الغش يوجد فى مجالات أخرى ، فيمكن أن يقع عند تنفيذ العقد ، كما يمكن أن يوجد فى غير مجال العقود .

---

(١) مازو : فقرة ١٩١ ــ ص ١٤٩ ، كاربونييه : فقرة ، ٢٠ ــ ص ٧٤ ، ويل وتريه : فقرة ١٨٢ ــ ص ٢٠٠ .

والتدليس ذو علاقة وثيقة بالغلط . فهو لا يؤدى إلى أبطال العقد إلا إذا أدى إلى وقوع المتعاقد فى غلط . أما التدليس الذى لا ينطلى على الطرف الآخر بل يكتشفه فلا يقع فى الغلط ، فلا يؤدى إلى أبطال العقد مهما كان تدليسا متقنا (١) . فالتدليس فى الحقيقة ليس بذاته عيبا فى الإرادة ، ولكنه يؤدى إلى عيب فى آلإرادة هو : الغلط (٢) . لذلك كان من الممكن الإستغناء عن التدليس ، والإكتفاء بالغلط وحده خاصة بعد التطور الذى وصلت إليه نظرية الغلط حديثا ، كما رأينا غير أن للإبقاء على التدليس بعض الفوائد العملية الهامة منها : أن التدليس يقوم على وجود طرق احتيالية مستخدمة ضد المتعاقد ، وهذا يسهل إثبات الغلط وهو أمر نفسى ، وأن التدليس يسمح بطلب تعويض من الطرف المدلس بالإضافة إلى أبطال العقد ، وهذا غير متيسر فى الغلط إلا إذا ثبت الخطأ على المتعاقد الآخر إذا كان يعلم بالغلط أو يستطيع أن يعلم به (٣) .

١٦٥ – والتدليس يقوم على عنصرين : عنصر موضوعى أو خارجى وهو استعمال وسائل احتيالية ضد المتعاقد . وعنصر نفسى : هو أن يؤدى استعمال هذه الوسائل الإحتيالية إلى دفع المتعاقد إلى التعاقد .

---

(١) انظر مع ذلك بعض أحكام القضاء الفرنسى التى أقرت التدليس ولو لم يترتب عليه غلط ، فى : ويل وتريه : ص ١٩٧ ـ هامش رقم ١ .

(٢) ويل وتريه : فقرة ١٧٩ ـ ص ١٩٧ .

(٣) السنهورى : الوجيز ـ فقرة ١٣٩ ـ ص ١٢٩ .

١- العنصر الموضوعي : استعمال وسائل احتيالية : هذه الأساليب الإحتيالية ، يمكن أن تكون أعمالا مادية متميزة ، مثل تزوير مستندات وإدعاء صفة معينة مع تقديم أوراق كاذبة تدل عليها ، وقد تكون الطرق الإحتيالية هى إخفاء مستندات تهم الطرف الآخر . فإذا أخفى تاجر يبيع محله التجارى دفاتره وأوراقه ، وقدم للمشترى أوراقا مصطنعة تثبت أن أرباح المحل كبيرة ، فهو يستخدم أساليب إحتيالية . وإذا قدم بائع العقار إلى مشتريه عقود إيجار مزورة ليثبت له أن إيراد العقار كبير يعتبر مرتكبا لطرق إحتيالية . وإذا قدم تاجر خطابا مزيفا ليثبت للمشترى أن هناك شخصا آخر يعرض ثمنا أكبر مما عرضه المشترى فإن هذا يعتبر تدليسا منه (١) .

وتعتبر الوسائل الإحتيالية التى تكون جريمة النصب فى القانون الجنائى تدليسا إذا ترتب عليها إبرام عقد غير أنه لايلزم أن يصل الأمر إلى هذا القدر الجنائى ، بل أن الوسائل تعتبر إحتيالية فى مجال التدليس ولو كانت أقل خطورة ، ولايلزم أن تكون مستقلة عن الكذب وقائمة بذاتها ، بل أن مجرد الكذب قد يعتبر وسائل إحتيالية فى مجال التدليس" والمهم أن يكون المدلس قد ألبس على المتعاقد وجه الحق"(٢).

(١) ويل وتريه : فقرة ١٨٢ ـ ص ١٩٩ .

(٢) السنهورى : الوجيز : فقرة ١٣٥ ــ ص ١٢٥ ، وقد حكم القضاء الفرنسى بأن المتعاقد يرتكب تدليسا عندما يستغل كون الطرف الاخر لا يحتفظ بنظارته فجعله يوقع على عقد بعد أن خدعه حول مضمون ونطاق هذا العقد ، أنظر : مازو : فقرة ١٩٣ ـ ١٥١ .

بل أن الأمر قد لا تبدو فيه وسائل إحتيالية أو كذبا ، ومع ذلك يعتبر تدليسا ، ومن ذلك أن مجرد كتمان reticence أمر يهم المتعاقد الآخر ويقترن بقصد الإضرار به يعتبر في ذاته تدليسا . وأكثر ما تظهر خطورة الكتمان فى عقود التأمين فالتأمين يعتمد على المعلومات التى يقدمها المستأمن ، ومن هذه المعلومات يستشف المؤمن مدى الخطر الذى سيؤمنه ويقدر على هذا الأساس القسط الذى يقبل التأمين على أساسه . فإذا أخفى المستأمن عن المؤمن معلومات ذات أثر فى تقدير الخطر ، وبالتالى فى إمكان أو عدم إمكان التأمين ، وفى مقدار قسط التأمين ، فإن هذا المستأمن يرتكب تدليسا فى حق المؤمن . ومن ذلك أن يذكر المستأمن أنه مزارع ليخفى مهنته الحقيقية وهى كونه بحارا ، حتى لا تبدو لشركة التأمين مخاطر هذه المهنة الحقيقية ، أو أن يذكر عند التأمين على سيارة بيانات كاذبة عن تاريخ صنع السيارة وتاريخ شرائها ، أو أن يخفى مرضا أصابه قبل إبرام التأمين على الحياة ، أو أن يكتم عن شركة التأمين أن شريكه قد توعده أمام شهود بإحراق متجره . فالكتمان فى هذه الحالات يعتبر تدليسا (١) ، ولكن بشرط أن يكون الطرف الآخر معذورا فى جهل الواقعة التى كانت محلا للتكتم (٢) ، فإذا أخفى البائع أن العقار مثقل بحق رهن ، فإن المشترى لا يكون معذورا فى جهل هذه الواقعة لأنه كان يستطيع أن يعلمها لو أطلع على السجل العقارى (٣) .

---

(١) السنهورى: الوجيز ص١٢٥ ــ هامش رقم٤، ص١٢٦ــ هامش رقم١.

(٢) كاربونييه : فقرة ٢٣ ــ ص ٨٣ .

(٣) السنهورى : الوجيز ص ١٢٦ ــ هامش رقم ١ .

ولما كان التدليس نوعـا مـن الغش كما بينـا ، فـإن هـذه الطـرق والأساليب الإحتيالية يجب أن يكون المقصود منها هو تضليل المتعـاقد لتحقيق غرض غير مشروع ، فإذا كان الشخص يكذب لمجرد الـترويج لبضاعتـه وابرازهـا بمزايـا فريـدة ممـا هـو مـألوف مـن الباعـة ، فهـذا الكذب ليس بقصد التضليل ، وليـس الهدف منـه أمـرا غـير مشـروع ، بل هو من قبيل التدليس الطيب الذى عرفـه الرومـان . كذلـك لا تعتـبر الوسائل الإحتياليـة تدليسـا إذا كـان المـودع قـد اسـتعمل طرقـا إحتياليـة للحصول من المودع عنده على إقرار بالوديعة بعد أن تبين لـه أنـه شخص غير أمين (١) .

٢- العنصر النفسى : لابد لإعتبار الوسائل الإحتياليـة تدليسـا أن تؤدى إلى دفع المتعاقد إلى التعاقد ، أى أن تكون هى التى حملتـه علـى التعـاقد ، ولولاهـا لمـا أقدم عليـه . وتقدير الوسـائل المسـتخدمة مـن حيث ثبوتها وجسامتها يخضـع لتقدير قـاضى الموضـوع ، أمـا تكييـف هذه الوسائل بانها إحتيالية دافعـة إلـى التعـاقد فيخضـع لرقابـة المحكمـة العليا (٢).

ويضيف البعض إلى هذين العنصرين أن تكون الحيلة مؤثـرة أى على درجة من الجسامة بحيث تؤثر على المتعاقد (٣) .

---

(١) السنهورى : فقرة ١٣٥ ـ ص ١٢٦ .
(٢) كاربونييه : فقرة ٢٣ ـ ص ٨٢ .
(٣) أنور سلطان : فقرة ١١٤ ـ ص ١٠٢ .

ويسترشد القاضى فى بحث تأثير هذه الوسائل فى نفس المتعاقد بما تواضع عليه الناس فى التعامل ، وبحالة المتعاقد الشخصية من سن وذكاء وعلم وتجارب (١) . فبعض الناس لا تؤثر فيه إلا جرعات كبيرة من الوسائل الإحتيالية لأنه فطن ، والبعض الآخر تنطلى عليه أبسط الوسائل ، ولا شك أن الشخص الذى ينخدع بسهولة أحق بالحماية القانونية ، ولذلك فإن الصفة الدافعة إلى التعاقد التى تنتج عن التدليس إنما تقدر تقديرا ذاتيا In concreto (٢) .

والتدليس الدافع إلى التعاقد هو التدليس الهام dol principal أما التدليس العارض أو غير الدافع dol incident فلا يبرر إبطال العقد ، لأنه لم يدفع الشخص إلى التعاقد ، وإنما حمله على قبول شروط أبهظ ، ولذلك فإن أثره يقتصر على حق المتعاقد فى الحصول على تعويض (٣) .

١٦٦ – ويشترط فى القانون الفرنسى أن يصدر التدليس من المتعاقد الأخر وهذا كما قدمنا نتيجة للصفة الجنائية التى كانت للتدليس فى القانون الرومانى ، ذلك أن المسئولية عن الجريمة شخصية ، ولاينبغى أن يكون المتعاقد الذى لم يدلس مسئولا عن فعل الغير المدلس

---

(١) السنهورى : فقرة ١٣٦ ـ ص ١٢٦ .
(٢) مازو : فقرة ١٩٥ ـ ص ١٥٣ .
(٣) أنظر فى نقد التفرقة بين التدليس الدافع وغير الدافع : السنهورى : ص ١٢٧ ـ هامش رقم ١ اوبك وتريه : فقرة ١٨٤ ـ ص ٢٠٢ ـ ص ٢٠٤ .

فيبطل له عقده بلا ذنب جناه ، غير أن هذا الشرط ينتقده بعض الفقهاء الفرنسيون (١) ، ولذلك لم يشترطه القانون المصرى ، بل أن هذا القانون يعتد بالتدليس أيا كان مصدره ، ويشترط فقط فى الطرف الآخر إذا لم يكن هو المدلس أن يكون قد إتصل بالتدليس بوجه ما . أى أنه يعتبر متصلا بالتدليس إذا ثبت أنه كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس . ويقصد المشرع المصرى بعبارة كان من المفروض حتما علمه ، أنه يجوز استخلاص هذا العلم من ظروف الحال .

١٦٧ - والتدليس يعتبر واقعة مادية لا تصرفا قانونيا . ولذلك يجوز إثباته بوسائل الإثبات كافة ، بما فيها القرائن (٢) .

ويترتب على ثبوت التدليس أنه يحق للمدلس عليه أن يطلب إبطال العقد. ولكن التدليس لا يقتصر على كونه يعيب الإرادة ، بل إن فيه صفة الخطأ كذلك ، ولذلك يجوز للمتعاقد الذى شاب إرادته التدليس أن يطلب تعويضا عن الضرر الذى حاق به بسبب التدليس . بل إنه بحسب الفقه والقضاء الفرنسيين يكون له ألا يطلب أبطال العقد ويقتصر على طلب التعويض (٣) . وأساس التعويض هو المسئولية التقصيرية

(١) كاربونييه : فقرة ٢٢ ــ ص ٨٠ ، ويرى الفقه الفرنسى الإعتداد بالتدليس الصادر من غير المتعاقد فى التبرعات وفى حالة التوطؤ وحالة الوكيل ويل وتريه : فقرة ١٨٦ ــ ص ٢٠٥ .

(٢) ويل وتريه : فقرة ١٨٦ ــ ص ٢٠٥ ــ ص ٢٠٦ .

(٣) مازو : فقرة ١٩٧ ــ ص ١٥٤ .

فى حالة ما إذا حكم بإبطال العقد ؛ والمسئولية العقدية فى حالة ما إذا إقتصر المتعاقد على طلب التعويض دون طلب إبطال . وليس أساس التعويض هنا هو نظرية الخطأ عند تكوين العقد .

المطلب الثانى
التدليس فى الفقه الإسلامى

١٦٨ – رأينا أن الفقه الإسلامى فى نظرية الغلط يخطو بحذر نحو تقرير هذه النظرية القائمة على اعتبارات نفسية ، فيحاول أن يوفق بين إحترام الإرادة الحقيقية وبين استقرار التعامل ، ووضع لذلك ضوابط وقواعد غاية فى الأحكام .

أما فيما يتعلق بالتدليس ، فإن أمره كثيرا ما يكون ظاهرا ، وإثباته يسيرا ، ولذلك فإن التمسك بالتدليس لا يكون فى الغالب من الأحوال مفاجأة غير سارة للطرف الآخر ، لأنه إما أن يكون هو نفسه المدلس ، أو أن يكون المدلس نائبا عنه ، أو أن يكون متوطئا معه على التدليس ، ويندر أن يكون المدلس شخصا لا علاقه له بالمتعاقد الآخر ، وحتى فى هذا الفرض النادر كثيرا ما يكون فى استطاعة هذا المتعاقد أن يعلم بالتدليس الواقع على المتعاقد معه .

والتدليس فى الفقه الإسلامى يعرف أحيانا بنفس هذا الإسم ،

وأحيانا أخرى يسمى : التغرير أو الخلابة (١) . وهو يقع فى نظر الفقه الإسلامى بنفس الطرق التى رأيناها فى المطلب السابق ، فيكون باستخدام أساليب إحتيالية ويسمى بالتغرير الفعلى ، أو بمجرد الكذب ، ويسمى بالتغرير القولى أو بمجرد الكتمان ، ويستوى أن يقع التدليس من المتعاقد الآخر أو من الغير .

١٦٩ – التدليس باستعمال أساليب الإحتيال أو التغرير الفعلى :
ويكون بعمل يقصد به تضليل المتعاقد فى حقيقة الشىء ، فيتعاقد بغبن ولو يسير : ومن أمثلته الواردة فى الفقه المالكى . أن يبيع شخص عبدا فيلطخ ثوبه بالسواد ليوهم الناس أنه كاتب ، أويبيع شخص ثوبا قديما فيصبغه ليبدو جديدا ، أو أن يبيع شخص جارية فيسود شعرها لإخفاء بياضه ، أو يحمر وجهها لتبدو أصغر سنا أو أجمل شكلا . ومن أمثلته كذلك تصرية الغنم والبقر والإبل لينتفخ ضرعها فتبدو كثيرة اللبن . ويضيف الفقه الشافعى شرطا فى أساليب الإحتيال هو أن تكون بحيث تضلل غالب الناس ، فإن كان المتعاقد يستطيع أن يكتشف أمرها فلم يفعل فهو مقصر ، فلا يثبت له خيار التدليس ، ففى مثال العبد الملطخ ثوبه بالسواد ليظن أنه كاتب ، يرون تقصيرا من جانب المشترى إذ

(١) وأوسع مذاهب السنة إعمالا للتدليس المذهب المالكى ثم الحنبلى ويليها الشافعى ومظهر التضييق عند الشافعية أنهم لا يأخذون بالتغرير إلا إذا كان من شأن الحيلة أن تنطلى على غالب الناس وإذا إنطلت على المشترى وحده فهو مقصر . والمذهب الحنفى أقل المذاهب السنية اعتدادا بالتدليس ـــ عبدالفتاح عبدالباقى ص ٣٥١ هامش ٤ .

كان يستطيع امتحان العبد ليتحقق من أنه كاتب (١) . ومن صور الطرق الإحتيالية كذلك النجش ، ويكون عادة فى البيع بالمزاد وذلك بإدخال أشخاص يتقدمون بعطاءات صورية أعلى لحمل المزايدين على زيادة الأسعار التى يتقدمون بها (٢) . أو يتفق أحد المشترين مع بقية المزايدين على عدم الزيادة على السعر الذى يتقدم به فيضر البائع . وعند الإمام مالك يكون الخيار فى الفرض الأول للمشترى وفى الفرض الثانى للبائع .

أما الجزاء على إتخاذ هذه الأساليب الإحتيالية ، فتختلف فيه المذاهب بين القول بالفسخ ، والقول بالرجوع بالنقصان ، والأول هو رأى مالك والشافعى وأحمد وأبى يوسف ، والثانى رأى أبى حنيفة ومحمد .

١٧٠ – التدليس بالكذب أو التدليس القولى : فى قطاع معين من قطاعات التعامل يسمى " بياعات الأمانة " لا يسمح الفقه الإسلامى بالغش ، ويجعل من الكذب خيانة وتدليسا ، فيحمى بذلك الشخص ذى الخبرة القليلة فى التعامل . والذى يحدث فى بياعات الأمانة هو أن المشترى يحتكم إلى ضمير البائع وأمانته ، ويشترى منه السلعة بالثمن الذى اشتراها به البائع ، ويزيده عليه ربحا معينا ، فيسمى البيع

(١) السنهورى : مصادر الحق : جـ ٢ ـ ص ١٤٩ ـ ص ١٥٤.
(٢) عبدالفتاح عبدالباقى : فقرة ١٧٠ ـ ص ٣٥٢ .

مرابحة ، أو ينقصه قدرا معينا فيخسر البائع فيسمى البيع وضيعة . وقد يشتريها بثمنها الأصلي ، وفي هذه الحالة أما أن يأخذ السلعة كلها فيسمى البيع تولية وأما أن يأخذ بعضها فيسمى البيع اشتراكا . وفي بياعات الأمانة يقوم التعامل على بيان الثمن الأصلي ، فلابد وأن يفصح البائع عن هذا الثمن والظروف المحيطة به بكل أمانة ، وإلا كان أي نقص أو كذب في المعلومات تدليسا من البائع . ولا يكفي بيان الثمن إجمالا ، بل يجب بيان ما إذا كان الثمن معجلا أو نسيئة وما إذا كان مؤجلا أو مقسطا ، وما إذا كان قد دفع نقدا أو كان سداد الدين في ذمة البائع للمشتري ، وأن كان سدادا لدين فهل اتفق عليه عن طريق المماكسة والمساومة ؛ أو على سبيل الصلح ويذكر ما إذا كانت السلعة بقيت على حالها عنده أم تعيبت ، وما إذا كان العيب حادثا بفعله أو فعل الغير أو قضاء وقدرا (١) .

ويشبه بياعات الأمانة في ذلك بيع الإسترسال والإستئمان في الفقه المالكي والحنبلي ، ويكون المشتري فيه شخصا لا دراية له بالتعامل الذي يقدم عليه ، فيكشف عن ذلك للبائع ويستأمنه في التعامل ويطلب نصحه ، ويسترسل وينساق لهذا النصح ، فيجب على البائع ازاء ذلك أن يبين له سعر السوق ويتعامل معه على أساسه وإلا كان مدلسا . ويكون بيع الإسترسال كذلك من البائع إذا إئتمن المشتري .

---

(١) السنهوري : مصادر الحق ـــ جـ ٢ ـــ ص ١٥٤ ـــ ص ١٦٢ ، عبدالفتاح عبدالباقي ـ فقرة ١٧٠ ـ ص ٣٥٣ .

والفرق بين بيع المسترسل وبيع الأمانة هو أساس إحتساب الثمن ، فأساس الثمن عند المسترسل سعر السوق ، وأساسه فى بيع الأمانة الثمن الأصلى . ويترتب على تدليس المتعاقد مع المسترسل أن يكون لهذا الأخير خيار الرد (١) .

والتدليس بالكذب أو التغرير القولى لا يقتصر على هذه المجالات ، بل يقع فى غير بياعات الأمانة والإسترسال ، ففى التعامل مساومة يعتبر الكذب تدليسا متى الحق الغبن الفاحش بالمتعاقد ، وهو فى ذلك يختلف عن التغرير الفعلى إذ يكفى لإعتباره تدليسا أن يكون الغبن يسيرا (٢) .

١٧١ - التدليس بالكتمان : وهو عمل سلبى ، ومثاله كتمان الثمن الأصلى فى بيع المرابحة ، وكتمان العيب الموجود فى السلعة . وفى حالة العيب هذه يجتمع للمشترى خيار العيب وخيار التدليس (٣) .

١٧٢ - التدليس من الغير: قد يكون مرتكب التدليس شخص ليس طرفا فى العقد ، ومع ذلك يؤثر تدليسه على العقد إذا كان متوطئا مع أحد المتعاقدين ضد الآخر . ولكن لا يلزم فى مذهب أحمد أن يكون متوطئا بل يكفى صدور التدليس منه وحصول التغرير للمتعاقد (٤) .

---

(١) ، (٢) السنهورى : مصادر الحق ـ جـ ٢ ـ ص ١٦٢ ـ ص ١٦٨ .
(٣) ، (٤) السنهورى : مصادر الحق ـ جـ ٢ ـ ص ١٦٩ ـ ص ١٧٤. =

****

وقد أخذ التقنين المدنى العراقى بأحكام الفقه الإسلامى فى التدليس وإليك نصوصه فى هذا الشأن :

المادة ١٢١ ـ " ١ - إذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر ، وتحقق أن فى العقد غبنا فاحشا ، كان العقد موقوفا على أجازة العاقد المغبون ، فإن مات من غرر بغبن فاحش تنتقل دعوى التغرير لوارثه .

" ٢- ويعتبر تغريرا عدم البيان فى عقود الأمانة التى يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان ، كالخيانة فى المرابحة والتولية والإشتراك والوضيعة .

المادة ١٢٢ - " إذا صدر التغرير من غير المتعاقدين فلا يتوقف العقد ، إلا إذا ثبت للعاقد المغبون أن العاقد الآخر كان يعلم أو كان من السهل عليه أن يعلم بهذا التغرير وقت إبرام العقد" .

المادة ١٢٣ - " يرجع المغرور بالتعويض إذا لم يصبه إلا غبن يسير ، أو أصابه غبن فاحش وكان التغرير لا يعلم به العاقد الآخر ولم يكن من السهل عليه أن يعلم به ، أو كان الشىء قد استهلك قبل العلم بالغبن أو هلك أو حدث فيه عيب أو تغيير جوهرى ، ويكون العقد نافذا فى جميع هذه الأحوال .

ويلاحظ الشيخ محمد أبوزهرة أن الغبن غير التغرير فالغبن هو النقص بأن يكون أحد العوضين مقابلا بأقل مما يساويه فى الأسواق . أما التغرير فيجعل المتعاقد فى حال يعتقد معها أنه أخذ الشىء بقيمته والحقيقة غير ذلك : والتغرير لا أثر له فى العقود إلا إذا ترتب عليه غبن . والغبن يسير وفاحش واليسير يدخل فى تقويم المقومين أى أهل الخبرة والفاحش لا يدخل فى ذلك والغبن اليسير يغتفر فى العقود كلها . (الملكية ونظرية العقد الفقرتان ٢٥٧ ، ٢٥٨ ص ٤٦١ ـ ٤٦٥ .

ويلاحظ هنا أن التقنين العراقى قد أضاف إلى التغرير الصادر من غير المتعاقدين شرطا يحافظ به على إستقرار التعامل ، وهو أن يكون العاقد الآخر يعلم أو يكون من السهل عليه أن يعلم بأمر التغرير وقت إبرام العقد . فإذا لم يعلم ولم يكن من السهل عليه أن يعلم يبقى العقد لازما . ويكون للمتعاقد الذى أضربه التغرير أن يطالب مرتكبه بالتعويض .

المبحث الثالث
الإكراه

١٧٤ - جريا على الطريقة التى اتبعناها فى معالجة عيوب الإرادة ، نقسم معالجة الإكراه violence فى هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : الإكراه فى القوانين الحديثة .
المطلب الثانى : الإكراه فى الفقه الإسلامى .

المطلب الأول
الإكراه فى القوانين الحديثة

١٧٥- نصوص قانونية : تنص المادة ١٢٧ مدنى مصرى على أنه

" ١ - يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر فى نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس .

٢- وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذى يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو أو غيره فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المال .

٣- ويراعى فى تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الإجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى جسامة الإكراه " .

المادة ١٢٨ - إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد

المكره أن يطلب ابطال العقد ، ما لم يثبت ان المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الاكراه (١) .

---

(١) يقابل هذين النصين فى التقنينات العربية الأخرى ، ما يلى من النصوص :

- فى القانون السورى : المادتان ١٢٨ و ١٢٩ مدنى وهما مطابقتان .
- فى القانون الليبى : المادتان ١٢٧ و ١٢٨ مدنى وهما مطابقتان .
- فى القانون العراقى : المواد من ١١٢ الى ١١٦ موافقة .
- فى القانون البنانى : المواد من ٢١٠ الى ٢١٢ موافقة ونصها :

المادة ٢١٠ : يبطل كل عقد ينشأ تحت ضغط الخوف الناجم عن عنف جثمانى أو عن تهديد موجه على شخص المديون أو على أمواله أو على زوجه أو على أحد أصوله أو فروعه . ولا حاجة للتمييز بين أن يكون هذا الضغط صادرا عن أحد المتعاقدين أو عن شخص ثالث أو عن أحوال خارجة عن دائرة التعاقد .

على أنه يجوز فى الحالتين الاخيرتين أن يلزم المكره الراغب فى التملص من العقد بأداء التعويض الى الفريق الآخر إذا كان هذا الفريق حسن النية ويكون هذا التعويض على نسبة ما يقتضيه الانصاف .

٢١١ - أن الخوف لا يفسد الرضا الا اذا كان هو الحامل عليه . وللوقوف على ماهيته وتأثيره يجدر الاعتداد بشخصية المكره (كالنظر الىسنة أو إلى كونه امرأة أو رجلا والى درجة تعليمه ومنزلته الاجتماعية) . -

١٧٦ – هناك نوعان من الاكراه : نوع يعدم الرضى ، ويكون بانتزاع الرضاء قسرا وعنوة ، ومثاله الإمساك بيد المتعاقد وتحريكها

– المادة ٢١٢ – أن الخوف الناشيء عن احترام الاب أو الام أو غيرهما من الأصول لا يكفى لافساد العقد . وكذلك استعمال الوسائل القانونية ما دام هذا الاستعمال مشروعا أى ان يكون الغرض منه مجرد الحصول على ما يجب.

وفى القانون الكويتى المواد ١٥٦ –١٥٨موافقة . وفى القانون الجزائرى : المادتان ٨٨ و ٨٩ موافقة . وفى القانون الاردنى المواد ١٣٥ – ١٤٢ موافقة للفقه الاسلامى . كذا فى القانون اليمنى فى المواد ١٧٤ – ١٧٧ . وفى القانون المغربى تضمن تقنين الالتزامات والعقود النصوص التالية :

الفصل ٤٢ . " الاكراه اجبار يباشر من غير أن يسمح به القانون يحمل بواسطته شخص شخصا آخر على أن يعمل عملا بدون رضاه .

الفصل ٤٧ : " الاكراه لا يخول ابطال الالتزام الا :

١ – اذا كان هو السبب الدافع اليه .

٢ – اذا قام على وقائع من طبيعتها أن تحدث لمن وقعت عليه ألما جسيما أو اضطرابا نفسيا أو الخوف من تعريض نفسه أو شرفه أو أمواله لضرر كبير ، مع مراعاة السن والذكورة والأنوثة وحالة الاشخاص ودرجة تأثرهم .

الفصل ٤٨ : الخوف الناتج عن التهديدات بالمطالبة القضائية أو عن الاجراءات القانونية الاخرى لا يخول الابطال ، إلا اذا استغلت حالة المتعاقد المهدد بحيث تنتزع منه فوائد مفرطة أو غير مستحقة وذلك ما لم يكن التهديد مصحوبا بوقائع تكون الاكراه بالمعنى الذى يقتضيه الفصل السابق .

الفصل ٤٩ : الاكراه يخول ابطال الالتزام وأن لم يباشره المتعاقد الذى وقع الاتفاق لمنفعته .

الفصل ٥٠ : الاكراه يخول الابطال ، ولو وقع على شخص يرتبط عن قرب مع المتعاقد بعلاقة الدم .

الفصل ٥١ : الخوف الناشيء عن الاحترام لا يخول الابطال ، الا إذا انضمت اليه تهديدات جسيمة أو أفعال مادية .

وفى القانون التونسى نجد المواد من ٥٣ حتى ٥٥ من تقنين الالتزامات موافقة غير أنها تتحدث عن أن الجزاء على الاكراه هو الفسخ .

بالقوة للتوقيع على العقد فهو اكراه مادى . وهذا النوع من الاكراه يجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا لانعدام الرضاء تماما . أما النوع الآخر فهو أخف من الأول ويقتصر أثره على إيجاد خوف ورهبة فى نفس المتعاقد ، تجعله أمام ضررين يختار بينهما ، ضرر يتهدده من الغير ، وضرر الالتزام بالعقد الذى لا يريده فيختار اخف الضررين ويلتزم . ولكن اختياره ليس صحيحا بل هو نتيجة للخوف الكامن فى نفسه ، ولولا هذا الخوف ما التزم فهو اكراه معنوى (١) وهذا النوع من الاكراه هو الذى يهمنا بحثه هنا : وهو يعتبر عيبا من عيوب الارادة ، ويترتب عليه أن العقد يكون قابلا للابطال .

والاكراه ليس عيبا فى الارادة بذاته ، وإنما العيب الذى يلحق الارادة هو انبعاث الخوف فيها وسيطرة الرهبة عليها . ولذلك يجب أن نعرف أمرين : ما هى وسائل الاكراه ، وماهو أثرها فى نفس المتعاقد:

١٧٧ – أولا : وسائل الاكراه : يتحقق الاكراه بالضغط على المتعاقد بوسائل تجعل خطرا جسيما يتهدده ، مثل تهديده بالضرب او تهديده بحرق زراعته أو منزله أو تهديده بافشاء أسراره للغير ، أو تهديده بتلويث سمعته وشرفه ببعض الأقاويل ، أو تهديده بخطف أحد أولاده ، أو خطف هذا الابن فعلا .

---

(١) مازو : فقرة ٢٠٠ – ص ١٥٥ – سليمان مرقس : فقرة ١٨٩ – ص ١٩١ ص ١٩٢ .

والخطر الذى يهدد المتعاقد يمكن أن يكون متعلقا بنفس المتعاقد أو بماله أو باعتباره وشرفه ، او بشخص عزيز عليه . وفى جميع هذه الحالات يجب أن يكون الخطر محدقا أى ان يكون على وشك الوقوع ، أم إذا كان الخطر بعيد الوقوع بحيث يستطيع المتعاقد أن يتدبر أمره ويتصل بالسلطات لاتخاذ الاحتياطات ، فلا يعتبر هذا الخطر مرتبا لعيب من عيوب الارادة . ولكن اذا ترتبت على هذا التهديد رهبة حالة، فان رضاه يكون معيبا وتصرفه قابلا للابطال رغم كون الخطر بعيد الأجل (١) . ويرى بعض الفقهاء أن الخطر يجب أن يكون حقيقيا أو جديا ، فالتهديد باستخدام أعمال الشعوذة كالسحر والتعزيم وادعاء القدرة على " الربط والحل " مما هو مألوف فى الاوساط القروية الساذجة لا يعتبر من قبيل الاكراه (٢) . ولكننا نرى أن العبرة هنا أيضا بنفسية المتعاقد ، فاذا أصابها من ذلك التهديد هلع وفزع لكون المتعاقد غير متعلم وتؤثر فيه هذه التهديدات ، فإن رضوخه للتعاقد يفيد أن ارادته قد استسلمت للاكراه الممارس عليها .

ولا يعتبر من قبيل وسائل الاكراه التهديد باتخاذ اجراءات قانونية ضد شخص آخر ، فالإجراءات القانونية كالمطالبة القضائية بالدين ، أو توقيع الحجز أو طلب شهر إفلاس المدين التاجر المتوقف عن سداد ديونه التجارية . كل ذلك ليس اكراها طالما أنه تهديد مشروع لا يبغى منه فاعله إلا الحصول على ميزة مشروعة أو حق له ثابت . بل أن

---

(١) و(٢) السنهورى : الوجيز : فقرة ١٤٢ – ص ١٣٢ .

الشخص إذا هدد بوسائل غير مشروعة للوصول إلــى غرض مشروع لا يرتكب اكراهـا . ولكـن يجـب الاحتيـاط فـى اسـتعمال الوسـائل غـير المشروعة لأنها قد تقع تحت طائلة القانون الجنائى وإذا تمسك المتعـاقد الآخر بكون هذه الوسائل غير المشروعة تعتبر اكراها ليبطـل العقـد ، فإن ذلك سيؤدى الى نقض الغـرض المشـروع الـذى ينشـأ عـن العقـد ، ويعتبر ادعاؤه بالابطال تعسـفا منـه فـى اسـتعمال حقـه فـى الابطـال . والتعسف يوجب الزامه بالتعويض ، وخير التعويـض مـا كـان تعويضـا عينيا ، لذلك يحكم ببقاء العقد لا على أنه يقـوم علـى ارادة حقيقيـة بـل على أساس التعويض أو على أساس الارادة الظاهرة (١) .

---

(١) السنهورى : الوجيز : ص ١٣٤ – هامش رقـم ٣ . ويخـالف الدكتـور عبدالفتاح عبدالباقى فى هذا الرأى الدكتور السـنهورى ويقـول : " وهـذا القـول مـن استاذنا محل نظر عندنا ، فمن ناحية نجد أن تأسيس بقاء العقد فـى حالتنـا بحرمـان المتعاقد المكره من ابطاله على فكرة التعويض عن العمل غير المشروع أمـر غـير سائغ . فلا يمكن القول هنا بأن المتعاقد المكره له حق ابطال العقـد ، ولكنـه يعتـبر متعسفا إذا استعمله . فالمتعاقد هنا وقع بالفعل ضحية الاكراه . وقـد تعيبـت ارادتـه حقيقة ، فكيف يعتبر متعسفا فى استعمال حق الابطـال ، اذا كـان هـو بذلـك يسـعى الى الخلاص من عقد لم تأت ارادتـه حـرة فـى ابرامـه ! ولا يقبـل عنـه ان يوصـم بالتعسف لمجرد ان ابطال العقد ينقض الغرض المشروع الـذى سـعى غريمـه اليـه عن طريق تهديده . بقيت فكرة الارادة الظاهرة التى اثارها الاستاذ الكبـير ليؤسـس عليها بقاء العقد الذى يبرمه المتعاقد تحت تأثير الاكـراه المشـروع أو الرهبـة التـى تتولد بحق وهى بدورها فكرة غير مقبولة اصلا . لأنه لا توجـد هنـا ارادة ظـاهرة تخالف ارادة حقيقية . فأمامنا ارادة واحدة وهى الارادة الحقيقية ما دام التعبير عـن الارادة جاء مطابقا تماما لقصد صاحبها . كل ما فى الامر أن تلك الارادة الحقيقيـة لم تأت عن حرية واختيار وانما عن ضغط واجبار . –

والعبرة فى الاكراه هى بالغاية التى يرمى اليها لا بالوسائل فمتى كان الغرض مشروعا يكون العقد سليما ولو كانت الوسائل غير مشروعة (إلا إذا كانت لها صفة جنائية) . ومتى كان الغرض غير مشروع كان العقد معيبا ولو كانت الوسائل مشروعة وعلى ذلك يعتبر اكراها تهديد الزوج زوجته برفع دعوى الزنا عليها إذا لم تتنازل له عن بعض مالها ، أو تهديد رب العمل لعامل عنده بالابلاغ عن نقود اختلسها إذا لم يوقع على تعهد بألا يعمل فى محل مماثل مدة معينة ، فالغرض فى هذه الحالات غير مشروع رغم أن الوسائل مشروعة . ولايعتبر اكراها أن تكون الزوجة قد قبلت أن تكون كفيلا لزوجها تحت

- " والحقيقة أن تطلب ان يكون الاكراه غير مشروع وبعبارة أخرى تطلب ان تكون الرهبة بغير حق لثبوت حق طلب ابطال عقد المكره يرجع فى اصله التاريخى للقانون الرومانى .. وهو التبرير الذى يقف عنده الفقهاء الفرنسيون . اما فى القانون المصرى فلسنا فى حاجة الى كل هذا العناء لتبرير أن يكون الاكراه غير مشروع ذلك لأن مجرد تعيب ارادة المتعاقد تحت ظل هذا القانون لم يعد كافيا لثبوت حق ابطال العقد حتى ولو ثبت ان العيب هو الذى دفع المتعاقد الى ابرامه ، بحيث انه ما كان ليتعاقد لولاه فثمة شروط اخرى يتطلبها المشرع لاعتبارات معينة قدرها ، كاستقرار المعاملات ومقتضيات العدالة . ومن أهم هذه الشروط اتصال العيب بالمتعاقد الآخر على نحو أو على غيره . فليس عجيبا بعد ذلك ان يأتى المشرع المصرى فيتطلب فى الاكراه المبطل للعقد ان يكون غير مشروع . حيث أنه فضل هنا ـ وبحق ـ مصلحة المتعاقد الآخر طالما أنه استعمل حقا يقرره له القانون فى تهديده غريمه فى حدود الغرض المحدد ومن غير شطط أو اسراف أو اساءة وفضلا عن ذلك فالمشرع بتقريره ان الاكراه المشروع لا يؤثر فى العقد يتجاوب مع الفقه الاسلامى الذى يقضى بأن الاكراه بحق أو ما يطلق عليه فيه " الجبر الشرعى " يقع غير مبطل للعقد " انظر : عبدالفتاح عبدالباقى : صفحة ٣٦٧ هامش رقم ٣ .

تأثير الضائقة التى يجتازها وتهديده بالتنفيذ على أمواله ، أو رضوخ رب العمل لزيادة أجور العمال تحت تأثير اضرابهم عن العمل (١) ، أو توقيع السارق على تعهد لصاحب الشىء المسروق بأنه تلقاه على سبيل الوديعة حتى يأتيه به ، وإلا أبلغ صاحب الشىء الشرطة بالواقعة . ولا يعتبر من وسائل الاكراه الشوكة والنفوذ الأدبى والخوف الناشىء عن الاحترام La crainte reverentielle ومثاله نفوذ رب الأسرة على زوجته وأولاده ، ومكانة الاستاذ من تلميذه ورجل الدين من اتباعه . فلا يتحقق الاكراه فى التعاقد بين هؤلاء الا اذا كان النفوذ والشوكة قد استغلا لتحقيق غرض غير مشروع .

ووسائل الاكراه غالبا ما تصدر من المتعاقد الآخر ولكنها قد تصدر كذلك من غيره وتؤدى الى جواز ابطال التصرف ، إذا كان المتعاقد الآخر قد اتصل بالاكراه بوجه ما كما سنرى بعد قليل ، ويمكن ان ينصب الاكراه على طرف فى عقد أو على شخص اريد له ان يلتزم بارادته المنفردة (٢) .

والوقائع والافعال التى تكون الاكراه متروكة لقضاة الموضوع ، ولهم فى تقرير ثبوتها ، أوعدم ثبوتها سلطة مطلقة ، غير أن محكمة

---

(١) بلانيول وريبير واسمان : المجلد ٦ – الجزء الأول – فقرة ١٩٦ ص ٢٣٨ – ص ٢٣٩ ، ويل وتريه فقرة ١٩٢ – ص ٢١١ – السنهورى : ص ١٣٣ – هامش رقم ١ ، جمال زكى : فقرة ٨٥ – ص ١٤٨ – ١٤٩ .

(٢) ويل وتريه : فقرة ١٩٣ – ص ٢١٢ .

النقض تراقب الوصف القانونى لهذه الأفعال بأنها تكون اكراها أم لا تصل الى هذا الحد (١)

١٧٨ - ثانيا : أثر وسائل الاكراه فى نفسية المتعاقد : إذا لم تجد وسائل الاكراه فى حمل الشخص على التعاقد فانه يكون قد احتفظ لارادته بحرية ألا يريد . أما إذا لم تصمد ارادته للاكراه . وإنما انبعثت فيها الرهبة منه ، واستبد بها الخوف ، فاستكانت وامتثلت لما يملى عليها ، كانت ارادة معيبة ، يحق لصاحبها أن يطلب ابطال التصرف الصادر منه .

ويجب ان يكون الخوف أو الاضطراب النفسى أو الالم قد بلغ حدا عميقا فى النفس ولولاه لما أقدم المكره على التعاقد . ولكن هذا التأثير لا يقع على كل الاشخاص بنفس الطريقة فلابد من الأخذ بالمعيار الذاتى لتقدير الاكراه . فالأنثى أسرع إلى الرهبة من الذكر ، والصغير يفرق مما لا يفرق منه الكبير ، والقروى أو البدوى يتأثر بما لا يتأثر به الحضرى ، وكذا المريض والسليم ، والغبى والذكى ، والهادىء والعصبى . فيجب الاعتداد بالظروف الشخصية لكل من هؤلاء لتقدير مدى الرهبة التى أفسدت رضاه ، والظروف المحيطة كذلك يمكن أن تكون ذات تأثير فى زيادة الرهبة فظروف المكان مثل وجود المكره فى مكان بعيد عن الناس تزيد رهبته ، وظروف الزمان

---

(١) كاربونييه : فقرة ٢٣ - ص ٨٣ .

مثل وقوع الاكراه عليه ليلا وفى مكان مظلم تزيد خوفه واضطرابه . وهكذا (١) .

١٧٩ – الاكراه الصادر من الغير : ذكرنا ان الاكراه إذا صدر من غير المتعاقدين وكان واقعا على أحدهما ، يؤدى الى جواز ابطال العقد ، ولكن يشترط لذلك كما تقول المادة ١٢٨ مدنى مصرى أن يكون المتعاقد الآخر يعلم بالاكراه أو كان من المفروض حتما أن يعلم به .

١٨٠ – الاكراه الذى هيأته الظروف : يقع أحيانا ان يوجد شخص فى ظروف صعبة ، ويطلب من الآخرين انقاذه ، كالشخص الذى يشرف على الغرق ، أو السفينة التى تطلب النجدة فى عرض البحر ، فيستغل الشخص المتطوع بالانقاذ هذا الظرف ليحصل على تعهد بمبلغ كبير لا يتناسب مع المكافأة التى يستحقها عن الانقاذ . كذلك إذا كان شخص فى حاجة الى جراحة عاجلة فاستغل الجراح ذلك وطلب مبلغا باهظا لا يتقاضاه مثله فى مثل هذه العملية الجراحية . هل يعتبر فعل كل من هؤلاء اكراها ؟

يميل الفقه الى اعتبار الاكراه الذى يأتى من ظروف تهيأت بطريق المصادفة على هذا النحو اكراها يجيز ابطال العقد طالما أن

---

(١) بلانيول وريبير واسمان : فقرة ١٩٢ – ص ٢٣٢ .

الغرض فيه غير مشروع وهو الحصول على شيء لايستحقه مرتكبه . أما اذا كان يحصل على شيء يستحقه فلا اكراه (١) .

١٨١ - اثبات الاكراه : واثبات الاكراه يتم بكافة الوسائل باعتباره واقعة مادية (٢) . ويترتب على ثبوته الحكم بابطال التصرف المشوب بالاكراه . ويمكن كذلك الحكم بتعويض على من صدر منه الفعل المكون للاكراه (٣) .

المطلب الثانى
الاكراه فى الفقه الاسلامى

١٨٢ - أفسح الفقه الاسلامى لنظرية الاكراه مجالا كبيرا ، حتى أنها لا تقتصر على التصرفات القولية (العقد والارادة المنفردة) بل تمتد الى الوقائع المادية أى إلى مجال التصرفات الفعلية ، فجعل نظريات كثيرة تتعلق بالتصرفات الفعلية تنطوى تحت الاكراه ، مثل نظرية الضرورة ونظرية الدفاع الشرعى ، ونظرية العمل غير

---

(١) قررت محكمة النقض الفرنسية فى حكم لها فى ٢٧ من ابريل ١٨٨٧ ان حالة الضرورة تبرر طلب ابطال العقد ، ثم بدأ أن بعض الجهات القضائية فى فرنسا تتردد فى اتباع حكم ١٨٨٧ ، انظر هذه الأحكام فى : ويل وتريه : فقرة ١٩٤ - ص ٢١٣ - ص ٢١٦ .

(٢) مازو : فقرة ٢٠ - ص ١٥٩ ، بلانيول وريبير واسمان : فقرة ١٩٧ - ص ٢٣٩ .

(٣) ويل وتريه : فقرة ١٩٦ - ص ٢١٧ .

المشروع ، ونظرية السبب الأجنبى وغيرها . وتصور الفقهاء المسلمون الاكراه الذى يقع من السلطان أو من الأفراد وبينوا حكم هذا وذاك . وعالجوا الاكراه المادى والاكراه المعنوى ، والاكراه الملجىء والاكراه غير الملجىء ، وقرروا الضمان (التعويض) على من يرتكب الاكراه واليك بيان ذلك (١) .

١٨٣ - الاكراه هو حمل الغير على أن يفعل مالا يرضاه ولا يختار مباشرته لو خلى ونفسه . ويفرق الفقه الاسلامى بين الاكراه الملجىء وهو الذى يهدد بفوات النفس أو ما فى معناها كالعضو (٢) ، وبين الاكراه غير الملجىء ، وهو الذى يقع بحبس شخص أو قيده أو ضربه ضربا لا يخشى منه على حياته أو على عضو من اعضائه . ولأن الاكراه الملجىء أشد خطرا من غير الملجىء فإن الأثر المترتب عليهما يختلف : فالاكراه الملجىء يؤثر فى التصرفات القولية فيفسدها ويؤثر فى التصرفات الفعلية ، فيصلح عذرا يعفى من المسئولية عنها . أما الاكراه غير الملجىء أو الناقص أى الذى يقتصر على أن يسبب

---

(١) يفرق فقهاء المسلمين بصدد التراضى بين ثلاثة أمور : ١ - الارادة أو القصد وتتمثل فى عزم الشخص على اتيان الفعل ٢ - الاختيار ومؤداه أن تكون للشخص الحرية فى أن يأتى الفعل الذى عزم على اتيانه أو أن يحجم عنه . ٣ - الرضاء ويقصد به ان يكون الشخص مسرورا بما فعل راغبا فيه ومرتاحا اليه والاكراه باعتباره يشوب الرضاء لا يمس الا العنصر الاخير أى عنصر الرضاء لأن المكره يريد التصرف ويجريه عن اختيار .. ولكنه لا يكون راضيا عما يفعل لأنه يأتيه ليدرأ عن نفسه الاذى . عبدالباقى : ص ٣٨١ هامش ١.

(٢) الشيخ أحمد ابراهيم : صفحة ١٠١ .

الاغتمام البين والضيق الشديد ، فيؤثر فى التصرفات القولية وحدها فيفسدها . وتتكون الارادة من عنصرين الاختيار والرضاء ، وانعدام الارادة يعنى انعدام هذين العنصرين ، أما فساد الارادة فمعناه أن عنصر الرضا منعدم ، أما عنصر الاختيار فهو موجود ، ولكن ألاختياريكون فاسدا إذا كان الاكراه ملجئا ويكون صحيحا اذا كان الاكراه غير ملجىء . والاكراه الذى يعتد به هو الاكراه الجسيم ، والاكراه الملجىء وغير الملجىء يمكن ان يكون جسيما . والجسامة أمر نسبى يختلف من حالة الى أخرى حسب مدى احتمال ضحية الاكراه . ولا يتحقق الاكراه الا اذا كان الشخص يدفع عن نفسه خطرا أكبر مما يقدم عليه ، ولكن لا يجوز للشخص أن يقدم على الكثير ليدفع عن نفسه القليل . وتذهب بعض الآراء الى أن الخطر يجب أن يكون محدقا أو حالا ، فإذا غاب المكره عن بصر من اكرهه يزول الاكراه . ولكن بعض الآراء الأخرى لا ترى ذلك بل ترى ان الاكراه يتحقق ولو كان بارسال رسالة أو رسول (١) . والاكراه يتفاوت بتفاوت الاشخاص ، فالاهانة التى تلحق شخصا ذا مكانة ولا تليق به يمكن ان تعتبر اكراها (٢) . وقد يقع الاكراه على شخص غير المتعاقد كأبيه أو ابنه أو شخصا ذا رحم محرم ، فيتعبر اكراها ، أما اذا تعلق بشخص

---

(١) السنهورى : مصادر الحق - جـ ٢ - ص ١٨٦ - ١٩١ ، عبدالفتاح عبدالباقى : فقرة ١٨٠ - ص ٣٨٣ .

(٢) التسولى : جـ ٢ - ص ٧٥ ، ص ٧٦٠ التاودى : جـ ٢ - ص ٧٥ - ص ٧٦ .

اجنبى فلا اكراه (١) . والجبر الذى يهدف الى غرض مشروع يكون مشروعا ولا يعتبر اكراها فاكراه الشخص على ما هو مستحق عليه لا يوجب الضمان على المكرِه نحو المكرَه . ومن صور الجبر الشرعى أن يجبر القاضى المدين على بيع متاعه للغرماء (الدائنين) وجبر من له دار تلاصق الجامع أو الطريق على بيعها اذا احتيج الى توسعتهما بها . وجبر عمال السلطان على بيع أموالهم لرد ما جمعوه من الناس ظلما (٢) .

ويرى ابوحنيفة ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان ، وقال الصاحبان انه يتحقق من السلطان وغيره وجاء فى البدائع أنه خلاف زمان ففى زمن ابى حنيفة لم يكن لغير السلطان قدرة على الاكراه ثم تغيرت الحال فى زمانهما فغيرا الفتوى (٣) .

ولا تكفى وسائل الاكراه وحدها ما لم تحدث فى نفس من وقعت عليه ، رهبة تدفعه الى التعاقد . وللفقه الاسلامى فى ذلك معياران يقيس بهما تلك الرهبة . الأول معيار مادى مؤداه ان يكون المكره قادرا على تحقيق وعيده . والثانى معيار نفسى مؤداه أن يقع فى اكثر ظن من وقع عليه الاكراه وقوع ما هدد به ، ويختلف ذلك بحسب سن من وقع عليه الاكراه وجنسه ومدى قوته ومكانته (٤) .

---

(١) التسولى : جـ ٢ – ص ٦٧ .
(٢) السنهورى : مصادر الحق – جـ ٢ – ص ١٩٤ .
(٣) ابوزهرة : فقرة ٢٥٠ – ص ٤٥٤ .
(٤) مصادر الحق – جـ ٢ ص ٢٠٠ – ص ٢٠٧ .

ويجب ان يكون الاكراه بغير حق ، فالاكراه بحق او الجبر الشرعى لا يؤثر ، كذلك يجب ان يقع الاكراه من شخص قادر على تحقيق ما أوعد . وهو شرط فى نظر بعض الفقه لا تفهم له حكمة اذ العبرة فى الاكراه بالرهبة التى تتولد فى نفس المكره وقد تتولد ولو كان غريمه غير قادر على تنفيذ وعيده (١) .

ويعتد الفقه الاسلامى بالاكراه ولو صدر من غير المتعاقدين ، وتشترط الحنفية محافظة على استقرار التعامل اتصال المتعاقد الآخر بالاكراه ، بأن يكون متواطئا مع المكرِه . أما المالكية فلا يشترطون التواطؤ ، بل يكتفون بوقوع الاكراه ولو كان الطرف الآخر غير متواطىء بل ولو كان غير عالم بالاكراه ولم يكن فى استطاعته أن يعلم به ، ويعتدون كذلك بالاكراه الناشىء عن ظروف تهيأت مصادفة(٢) .

وتصرف المكره عند مالك غير لازم ، اى يكون له الخيار بين فسخ العقد أو امضائه ، وهو نفس الجزاء المقرر فى القوانين الغربية ، أما عند الشافعى فالجزاء على الاكراه هو بطلان التصرف (٣) .

---

(١) عبدالباقى : فقرة ١٨٠ – ص ٣٨٤ .

(٢) السنهورى : مصادر الحق – جـ ٢ ص ٢٠٠ – ص ٢٠٧ ، عبدالباقى : فقرة ١٨٠ – ص ٣٨٤ .

(٣) انظر فى تفاصيل ذلك : السنهورى : مصادر الحق : جـ ٢ – ص ٢٠٧ – ص٢١٥ ويقول فى هذا الاستاذ الدكتور عبدالفتاح عبدالباقى : " فعند الشافعية يبطل الاكراه التصرف استنادا الى قوله تعالى " لا اكراه فى الدين " . –

. . . . .

- وعند الحنفية يختلف حكم الاكراه فيكون عقد المكره موقوفا على اجازته عند زفر ولكنه يقع فاسدا عند ابى حنيفة وابى يوسف ومحمد وهو الراجح فى المذهب ويميزون مع ذلك بين عقد المكره وحكم العقد الفاسد من ثلاثة نواح :

١ - ان فساد عقد المكره يزول باجازته خلافا لفساد العقد لأى سبب آخر حيث لا يزول بالاجازة اعتبارا بأنه مقرر حماية لحق الله وليس لحق العبد .

٢ - لا يزول الفساد فى بيع المكره بتصرف المشترى فى المبيع لأحد من الغير وذلك خلافا للعقد الفاسد بوجه عام .

٣ - اذا اكره البائع على البيع لمشتر غير مجبر على الشراء وتسلم هذا الاخير المبيع ، سقط حق البائع المكره فى التمسك بالفساد . وذلك بخلاف الفساد الذى يلحق العقود بوجه عام حيث لا يحول قبض المشترى المبيع دون حقه فى الفسخ استنادا الى فساد البيع . ويضيق المذهب الحنفى من نطاق الاكراه فهو لا يعمله فى التصرفات التى لا تحتمل الفسخ عنده كالزواج والطلاق والعتق والنذر واليمين . فطلاق المكره صحيح فى المذهب الحنفى ولكنه يقع غير معتبر عند المالكية والشافعية والحنابلة " . انظر : عبدالباقى : فقرة ١٨٠ ص ٣٨٥ . والشرط الفاسد هو أحد تقسيمات الشروط عند الحنفية فهم يقسمون الشروط الى صحيحة وباطلة وفاسدة بحسب مدى موافقة الشرط لمقتضى العقد ولقواعد الشريعة وورود الاثر به أو عدم وروده وعلى اقرار العرف وعدم اقراره . فالشرط الصحيح موافق لمقتضى العقد أو مؤكد لمقتضاه أو ورد به أثر أو جرى به عرف وهو يلتحق باصل العقد . والشرط الفاسد ما كان غير موافق لمقتضى العقد ولا مؤكد له ولم يرد به اثر ولم يجربه عرف وفيه منفعة لشخص سواء كان أحد العاقدين أو غيرهما . والشرط الباطل ليس موافقا لمقتضى العقد ولا يؤكده ولم يرد به أثر أو يجربه عرف وليست فيه منفعة لأحد العاقدين ولا لغيرهما . انظر : ابوزهرة : الملكية ونظرية العقد - فقرة ١٣٩ - ص ٢٧٦ - ٢٧٩ . وسنعود الى موضوع الشروط مرة أخرى عند الكلام فى جزاء اركان العقد بخصوص الشرط الباطل والشرط الفاسد .

المبحث الرابع
الغبن والإستغلال

١٨٤ – سنعالج هذا الموضوع فى القوانين الحديثة وفى الفقه الإسلامى ولذلك نقسمه إلى مطلبين :

المطلب الأول : الغبن والإستغلال فى القوانين الحديثة .

المطلب الثانى : الغبن والإستغلال فى الفقه الإسلامى .

المطلب الأول
الغبن والإستغلال فى القوانين الحديثة

١٨٥ – **نصوص قانونية :** تنص المادة ١٢٩ مدنى مصرى على أنه :

" ١– إذا كانت إلتزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد ، أو مع إلتزامات المتعاقد الآخر وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا جاز للقاضى بناء على طلب المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص إلتزامات هذا المتعاقد .

" ٢ – ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، وإلا كانت غير مقبولة .

" ٣ – ويجوز فى عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الأبطال إذا عرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن (١) .

وتنص المادة ١٣٠ مدنى مصرى أيضا على أن : " يراعى فى تطبيق المادة السابقة عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن فى بعض العقود أو بسعر الفائدة " .

---

(١) يقابل هذا النص فى التقنينات العربية الأخرى ما يلى من النصوص :
ـ فى القانون السورى : المادة ١٣٠ / ٢ ، ٣ مدنى (مطابقة) .
ـ فى القانون الليبى : المادة ١٢٩ / ٢ ، ٣ مدنى (مطابقة) .
ـ فى القانون العراقى : المادة ١٢٥ مدنى (موافقة) .
ـ فى القانون اللبنانى : المادة ٢١٤ موجبات (مقاربة) .
ـ وفى القانون التونسى تتحدث المادتان ٦٠ ، ٦١ عن الغبن لا عن الإستغلال .
ـ فى القانون الكويتى : المواد ١٥٩ ـ ١٦١ خاصة بالإستغلال ومن ١٦٢ إلى ١٦٦ خاصة بالغبن .
ـ فى القانون الجزائرى : المادتان ٩٠ ، ٩١ موافقة .
وفى القانون المغربى ينص الفصل ٥٥ من تقنين الإلتزامات والعقود على أن : " الغبن لا يخول الأبطال إلا إذا نتج عن تدليس الطرف الآخر أو نائبه أو الشخص الذى تعامل من أجله وذلك فيما عدا الإستثناء الوارد بعد .
الفصل ٥٦ : الغبن يخول الأبطال إذا كان الطرف المغبون قاصرا أو ناقص الإهلية ، ولو تعاقد بمعونة وصيه أو مساعده القضائى وفقا للأوضاع التى يحددها القانون ، ولو لم يكن ثمة تدليس من الطرف الآخر ، ويعتبر غبنا كل فرق يزيد على الثلث بين الثمن المذكور فى العقد والقيمة الحقيقية للشيء " .

١٨٦ – من المشاهد تاريخيا أن الغبن لا يلتفت إليه فى العقود كلما كان المذهب الفردى والفكر الحر سائدين . فإذا ما ضعف شأنهما وتغلبت النزعة الإجتماعية أدى ذلك إلى الإعتداد بأثر الغبن فى التصرفات ووجوب إعادة التعادل إليها ففى القانون الرومانى ساد الطابع الفردى ، فلم يحفل الرومان بالغبن ، ثم جاء القانون الكنسى فتوسع فى نظرية الغبن ، بتحريم الربا وإشتراط الثمن العادل فى البيع وإشتراط الاجر العادل فى العمل . ثم تراجعت نظرية الغبن مرة ثانية تحت تأثير إنتشار مبدأ سلطان الإرادة ، وظهر هذا واضحا فى التقنين المدنى الفرنسى ذى النزعة الفردية الذى لم يأخذ بالغبن إلا فى نطاق ضيق ، ولكن تحت تأثير النظريات الإجتماعية فى القرن الحالى بدأت فكرة الغبن تظهر فى التقنينات المدنية كعيب من عيوب الإرادة ينظر فيه إلى عنصر نفسى لا إلى مجرد عدم تعادل الإداءات المتقابلة ، ويسمى العيب فى هذه الحالة : الإستغلال (١) .

١٨٧ – فالغبن la lésion يقدر تقديرا ماديا لأنه عبارة عن التفاوت وعدم التعادل بين الإداءات ، فهو يتعلق بالكم ، ويحدده القانون عادة بنسبة معينة كالخمس أو الثلث ولا ينظر فيه إلى نفسية المتعاقد . أما الإستغلال فأساسه أن نفسية المتعاقد قد شابها عيب أدى إلى الإختلال الفادح بين ما أعطى وما تلقى ، والعيب النفسى قد يكون قلة الخبرة ، أو الطيش ، أو الولع الشديد بالشىء ، أو الحاجة الماسة إليه ،

---

(١) السنهورى : الوجيز : فقرة ١٤٩ ـ ص ١٣٨ ـ ص ١٣٩ .

وينتهز الطرف الآخر حالة الضعف التى إنتابت إرادة صاحبه فيحصل منه على أداء مبالغ فيه .

ويترتب على الفرق بين الغبن والإستغلال أن قيمة الشىء الذى وقع فيه الغبن تقدر بحسب سعره في الأسواق أى طبقا لقانون العرض والطلب ، اما قيمة الشىء الذى إستغل بصدده أحد المتعاقدين فتحدد بناء على إعتبارات شخصية هى قيمته فى نظر المتعاقد المستغل ، وإذا كان الفرق بين القيمة الشخصية للشىء وبين ما قدمه المتعاقد المستغل كبيرا كان ثمة إستغلال . وعلى ذلك يمكن أن يقال أن الغبن عيب فى العقد ، أما الإستغلال l'exploitation فهو عيب فى الإرادة (١) .

كذلك يترتب على الفرق بين الغبن والإستغلال ، أن الغبن لا يتحقق فى العقود الإحتمالية لأن الإحتمال ينفى الغبن ، ولا يتحقق فى التبرعات لأنه ليس هناك آداء مقابل ينظر إليه عند الموازنة ، وعلى العكس من ذلك يمكن أن يقع الإستغلال فى العقود الإحتمالية وفى التبرعات .

١٨٨ - ويختلف الغبن والإستغلال عن نظرية الظروف الطارئة أو غير المتوقعة . فالظروف الطارئة أثناء تنفيذ العقد توجد إختلالا بين الاداءات التى يقدمها الطرفان ، مثل الغبن والإستغلال ،

---

(١) السنهورى : الوجيز - فقرة ١٤٩ - ص ١٣٨ - ص ١٣٩ .

ولكن الفرق ينحصر فى أن الغبن والإستغلال عيوب تصاحب إنعقاد العقد ، أما الظروف الطارئة فتأتى بعد أن إنعقد العقد صحيحا ومتوازنا ومفيدا لأطرافه تأتى نتيجة أمر إستثنائى يقلب التوازن الموجود فى العقد فيجعل تنفيذه مرهقا لأحد الطرفين (١) .

١٨٩ – ولم يقر القانون المدنى الفرنسى الطعن فى التصرف بالغبن بين الراشدين إلا فى حالات استثنائية ينص عليها (المادة ١١١٨) ، ومن هذه الحالات حالة بيع العقار ، حيث سمح للبائع أن يتمسك فى مواجهة المشترى بما أصابه من غبن ، ولم يسمح للمشترى بذلك (المادة ١٦٧٤) ويرجع ذلك إلى تصور واضعى التقنين أن البائع يمكن أن يكون مضطرا للبيع فيقع به الغبن ، اما المشترى فلا شيء يجبره على الشراء ، ولذا لا يتصور أن يقع به الغبن (٢) .

١٩٠ – وفى النصوص المتعلقة بالغبن والإستغلال نجد نموذجين لنظامين مختلفين : يأخذ أحدهما بالغبن وهو القانون المغربى، ويأخذ الآخر بالإستغلال وهو القانون المصرى .

فالقانون المغربى قد أخذ بالغبن من خلال التدليس ، فالفصل ٥٥ لايجيز أبطال العقد للغبن إلا إذا كان ثمة تدليس من الطرف الآخر

---

(١) بلانيول وريبير واسمان : فقرة ٢١٠ ــ ص ٢٥١ ، ويل وتريه : فقرة ١٩٧ ــ ص ٢١٧ .

(٢) بلانيول وريبير واسمان : فقرة ٢١٢ ــ ص ٢٥٥ .

ولا يجيز ابطال العقد للغبن فى غير ذلك إلا بالنسبة لحالة القاصر أو ناقص الأهلية المغبون ، (الفصل٥٦ من تقنين الإلتزامات والعقود) . ويثور هذا التساؤل : إن القاصر يستطيع أن يبطل العقد لنقص الأهلية ، فما حاجته إلى إثبات الغبن للتوصل إلى الابطال ؟ لا شك فى أن التمسك بنقص الأهلية يغنى فى معظم الحالات عن التمسك بالغبن ، ولكن الغبن مع ذلك يفيد فى بعض الحالات : فقد يكون القاصر مأذونا له فى إدارة أمواله فيبرم بعض العقود بمقتضى هذا الإذن فيغبن فيجوز له الطعن فيها للغبن . وقد يشترك مع القاصر وصيه ومع ذلك يغبن فيجوز له الطعن بالغبن ولو لم يكن هناك تدليس من الطرف الآخر . ولكن يشترط فى هذه الحالات أن يكون عدم التعادل يزيد عن الثلث بين الثمن المذكور فى العقد والقيمة الحقيقية للشىء (الفصل ٥٦ المشار إليه) . هكذا نجد المشرع المغربى يأخذ بالنظرية المادية فى الغبن .

على أن القانون المغربى يعرف مع ذلك تطبيقا لفكرة الإستغلال على عقد القرض هو نص الفصل ٨٧٨ من تقنين الإلتزامات والعقود الذى يقول : " من يستغل حاجة شخص آخر أو ضعف إدراكه أو عدم تجربته فيجعله يرتضى من أجل الحصول على قرض أو لتجديد قرض قديم عند حلول أجله فوائد أو منافع أخرى تتجاوز إلى حد كبير السعر العادى للفوائد وقيمة الخدمة المؤداة ، وفقا لمقتضيات المكان وظروف التعامل يمكن أن يكون محلا للمتابعة الجنائية ، ويسوغ أبطال الشروط والإتفاقات المعقودة بمخالفة حكم فى الفصل بناء على طلب الخصم ، بل حتى من تلقاء نفس المحكمة ، ويجوز إنقاص السعر المشترط ويحق

للمدين إسترداد ما دفعه زيادة على السعر الذى تحدده المحكمة على أساس أنه دفع ما ليس مستحقا عليه ، وإذا تعدد الدائنون كانوا مسئولين على سبيل التضامن " .

أما النموذج الآخر وهو القانون المصرى والقوانين الناقلة عنه كالقانون السورى والقانون الليبى ، ، فنجد فيها النظرية النفسية أى نظرية الإستغلال ، وهى لا تحدد قدرا معينا يتحقق به عدم التعادل ، وإنما تكتفى بأن يكون هناك إختلال فادح فى الاداء يقدر القاضى وجوده أو عدم وجوده فى كل حالة بحسب ظروفها دون رقابة عليه من محكمة النقض.ويكون هذا الإختلال نتيجة وجود طيش بين أوهوى جامح فى نفسية المتعاقد إستغله الطرف الآخر للحصول على هذه الزيادة الكبيرة . فالإستغلال يتحقق بتوافر عنصرين : عنصر موضوعى هو الإختلال المادى ، وعنصر نفسى هو وجود ضعف فى إرادة المتعاقد نتيجة طيشه أو عدم خبرته أو ولعه المفرط ، كما إذا تزوجت ثرية عجوز من شاب ولعت به فعمد إلى إستغلال ضعفها بابتزاز أموالها ، أو شاب ورث تركة ضخمة فاستغله المرابون بعقود جردته من كثير من أمواله . وما دام الطرف الآخر يستغل ضعف إرادة المتعاقد معه ، فهو يرتكب عملا غير مشروع وهكذا يتضمن العقد إرادتين متضاربتين إرادة غير مشروعة ، وإرادة ضعيفة معيبة . ويعطى القانون المصرى للمستغل الخيار بين دعويين : إما أن يطلب أبطال العقد ، أو أن يطلب إنقاص إلتزاماته . ويستطيع المتعاقد الآخر أن يعرض زيادة التزاماته بدلا من أبطال العقد. والإستغلال بهذا

المعنى يمكن أن يكون فى عقود المعاوضـة أو فـى عقـود التـبرع بينمـا لا يكون الغبن إلا فى المعاوضات .

المطلب الثانى
الغبن والإستغلال فى الشريعة الإسلامية

١٩١ - عرضنا من قبل للغبن بمناسبة الكلام عن الغلط فى القيمة وتحدثنا عنه مع التدليس أيضا ، حيث رأينا أن الفقه الإسلامى لا يعتد بالغلط فى القيمة إلا عن طريق الغبن ، وأن هناك إتجاها يشترط فى الغبن أن يصحبه تغرير أو تدليس وأن يكون فاحشا إلا إذا كان الغبن فى مال المحجور عليه أو لوقف أو لبيت مال المسلمين (المادة ١٤٩ مدنى أردنى) ، فيرد التصرف بالغبن الفاحش ولو لم يوجد تغرير . ويقرر هذا الحنفية والشافعية أما فى مذهب الحنابلة فتوجد ثلاث صور يثبت فيها خيار الغبن : بيع متلقى الركبان أو السلع ، والنجش وبيع المسترسل ، وهذه الصور يتوافر فيها التغرير .

أما فى مذهب مالك فنجد الإعتداد بالغبن إذا صحبه غلط ، ولا يشترط فى هذه الحالة التغرير . وعلى ذلك يتدرج الغبن فى أنواع ثلاث : الأول : إذا كان المتعاقد ، على بينة من أمره فلم يجهل قيمة السلعة وأقدم على التعاقد ، ولا يعتد بالغبن فى هذه الحالة ، فهو يشترى مثلا للمزاحمة أو المشاكلة أو لرغبة ملحة والثانى : إذا صحب الغبن

تغرير كما فى بيع الإسترسال وبيوع الأمانة وقد سبق الكلام عنها فى الغلط . والثالث : غبن ينتج عن غلط فى قيمة الشىء ، ويثبت فيه الخيار بشروط هى : أن يكون الغبن فاحشا وهو الغبن الذى يبلغ الثلث زيادة فى البيع أو نقصا فى الشراء ، وأن يكون الغبن راجعا إلى جهل وغلط فى قيمة المبيع وأن يكون المغبون معروفا بعدم الخبرة واستغل الآخر عدم خبرته ، وأن تقام الدعوى فى خلال سنة من صدور التصرف (١) . وفى هذا النوع لا يتوافر غبن فقط بالمعنى الحديث ، بل يتوافر كذلك الإستغلال ما دام أحد المتعاقدين يستغل عدم خبرة الآخر ، ومن قبيل الإستغلال كذلك ما يقرره الفقه الحنفى من أن بيع المضطر وشراءه فاسدان .

ويسقط الحق فى الفسخ بالتغرير والغبن الفاحش ويلزم العقد بموت من له الحق فى الفسخ وبالتصرف فى المعقود عليه كله أوبعضه تصرفا يتضمن الإجازة وبهلاكه عنده وإستهلاكه وتعيبه (المادة ١٥٠ مدنى أردنى) .

---

(١) السنهورى : مصادر الحق ـــ جـ ٢ ـــ ص ١٣٣ ـــ ص ١٤١ ، التسولى : جـ ٢ ـ ص ١٠٦ .

المبحث الخامس
المرض وما شابهه

١٩٢ – المرض ليس من عيوب الإرادة ، ومع ذلك فهناك نص فى القانون المغربى هو الفصل ٥٤ من تقنين الإلتزامات والعقود يقضى بأن : " أسباب الابطال المبنية على حالة المرض والحالات الأخرى المشابهة متروكة لتقدير القضاة " .

١٩٣ – هذا النص لا نظير له فى التقنينات العربية الأخرى ، وهو يترك باب عيوب الإرادة مفتوحا لإجتهاد القضاء ، يواجه منه الحاجات العملية المتجددة . غير أن سياسة المشرع رغم وجاهتها من حيث إيجاد الحلول فى الحالات التى لم يتوقعها هو بنفسه ، إلا أنها لا تخلو من الخطورة على إستقرار التعامل ، لأن تقرير عيوب إرادة جديدة بواسطة القضاء من خلال الحالات الأخرى المشابهة للمرض ، ووضع شروط لها قد يعرض التعامل للإهتزاز ، لأن عيوب الإرادة أمور نفسية لا ينبغى أن يدخل منها إلى عالم القانون إلا ما يحدده المشرع بنفسه ويفصل شروطه .

ومن ناحية أخرى فإن المرض الذى يعيب الإرادة ، يجب أن يتشدد القضاء فى تقديره فيجب أن يكون المرض مرضا خطيرا من شأنه أن يؤثر على حسن تقدير المتعاقد لأموره عند إبرام العقد دون أن يصل إلى حد الغيبوبة وإنعدام الإرادة ، ويجب أن يكون موضوع

التعاقد أمرا مهما لا يستطيع المتعاقد تأخيره إلى ما بعد شفائه ، ويتحمل المتعاقد الذى يدعى عيبا فى إرادته بسبب المرض إثبات هذه العناصر. وأخيرا فإن المرض يجب أن يؤدى إلى صورة من صور الإرادة المعيبة المعروفة ، أى أن يترتب على المرض وقوع أو تسهيل وقوع المتعاقد فى غلط أو تدليس أو إكراه أو غبن أو إستغلال ، ولكن لا يلزم أن يكون كل من هذه العيوب دافعا إلى التعاقد ذلك أن ضعف المريض قد يجعل إرادته تتأثر بغلط أو تدليس أو إكراه غير دافع فتتعاقد متأثرة به ، فيسوغ للمريض أن يطلب إبطال العقد .

١٩٤ - على أن هذا النص لا يخلو من الفوائد فى نظر البعض خاصة بالنسبة إلى نظرية الإستغلال التى لم يقننها المشرع المغربى كنظرية عامة ، وإنما أورد فقط تطبيقا لها على عقد القرض (الفصل ٨٧٨) . (وهو تطبيق لا يخص المسلمين على أية حال لأن إشتراط الفوائد باطل بين المسلمين ومبطل للعقد وإنما يخص غير المسلمين) . فيرى البعض لذلك أنه يمكن للقضاء المغربى من خلال الفصل ٥٤ أن يأخذ بنظرية الإستغلال لأن الإرادة الضعيفة نتيجة حاجة أو طيش أو ولع شديد تكون كالإرادة المريضة (١).

ونظير ذلك فى القانون المصرى رأى سديد يذهب الى أنه[٢] "يجوز تعيين مساعد قضائى للشخص اذا كان يخشى من انفراده بمباشرة

---

(١) الكزبرى : جـ ١ - فقرة ٩٨ - ص ١٣٣ - ص ١٣٥ .
(٢) عبد المنعم حسنى : الموجز - ص ٢٨ .

التصرف فى ماله بسبب عجز جسمانى شديد . مثال ذلك الأصابة بالشلل النصفى وضعف السمع والبصر ضعفا شديدا لا يصل الى درجة الصمم والعمى . واذا عين المساعد القضائى سرت الأحكام الخاصة باجتماع العاهتين (العاهة المزدوجة) .

المبحث السادس
جزاء إنعدام الإرادة وعيوبها

١٩٥ – تتفق التقنينات الحديثة بصفة عامة فى الجزاء الذى يترتب على فقدان الرضى وعيوبه . ففى حالة فقدان الرضى يكون الجزاء هو بطلان التصرف القانونى بطلانا مطلقا . أما إذا وجد الرضى ولكنه كان معيبا فالجزاء أساسا هو البطلان النسبى للتصرف القانونى .

والفرق بين البطلان المطلق والبطلان النسبى يمكن تحديده فى النقاط التالية :

١– البطلان المطلق جزاء على إنعدام الإرادة . مثل عدم تلاقى الإرادتين وتوافقهما أو كون المتعاقد عديم الأهلية ، أو كونه هازلا أما البطلان النسبى فهو جزاء على عيب فى الإرادة : كالغلط والتدليس والإكراه .

٢- البطلان المطلق لا يزول بالإجازة ، أما البطلان النسبى فيزول بالاجازة .

٣- البطلان المطلق يمنع إنتاج التصرف لآثاره . اما البطلان النسبى فلا يمنع ترتيب الآثار ، فهى تنتج إلى أن يحكم ببطلانه .

٤- البطلان المطلق لا يزول بالتقادم بل يجوز التمسك به فى أى وقت ، لأنه ليس من شأن مضى الزمن أن يقلب العدم وجودا . ولكن القانون حدد مدة ١٥ سنة لتقادم الدعوى أما الدفع بالبطلان فلا يتقادم ، أما البطلان النسبى فيزول بمضى مدد معينة (سيأتى بيانها) .

٥- البطلان المطلق يمكن لأى من المتعاقدين أن يتمسك به ، بل ويمكن أن تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها . أما البطلان النسبى فلا يتمسك به إلا الطرف الذى شرع البطلان لمصلحته .

٦- البطلان المطلق يكون لأمر يتعلق بالنظام العام ، أما البطلان النسبى فيكون رعاية لمصالح فردية .

٧- البطلان المطلق يتقرر تلقائيا دون حكم قضائى . أما البطلان النسبى فيحتاج إلى حكم يقرره (١) .

---

(١) وتطبيقا لما تقدم من المبادىء يقرر الفصل ٣٠٦ مع تقنين الإلتزامات والعقود المغربى : " الإلتزام بقوة القانون لا يمكن أن ينتج أى أثر ، إلا إسترداد ما دفع بغير حق تنفيذا له . ويكون الإلتزام باطلا بقوة القانون :

١- إذا كان ينقصه أحد الأركان اللازمة لقيامه .

٢- إذا قرر القانون فى حالة خاصة بطلانه " " .

وقد يترتب على التصرف إلتزام أصلى وإلتزام تابع كالإلتزام بالكفالة — ويقرر الفصل ٣٠٧ أنه إذا بطل الإلتزام الأصلى بطلت الإلتزامات التابعة إلا إذا ظهر عكس ذلك من نص قانونى أو من طبيعة الإلتزام التابع فهو يبطل وحده ولا يترتب على بطلانه بطلان الإلتزام الأصلى .

١٩٧ - أما إذا كان التصرف قابلا للإبطال لعيب من عيوب الإرادة فإن المتعاقد الذى كانت إرادته معيبة يستطيع أن يتمسك بالإبطال ، ويستطيع كذلك أن يجيز العقد ويعتبره صحيحا . وليس للمتعاقد الآخر شىء من ذلك . ولكن حق المتعاقد ذى الإرادة المعيبة فى الإختيار بين هذين الطريقين يستمر مدة معينة هى ثلاث سنوات بالنسبة إلى الغلط والتدليس والإكراه وسنة واحدة بالنسبة إلى الإستغلال .

والوقت الذى يبدأ منه إحتساب مدد التقادم هو : فى حالة الإكراه لا يبدأ سريان التقادم إلا من يوم زوال الإكراه وإنقطاعه ، وفى حالة الغلط والتدليس من يوم إكتشافهما وفى جميع الأحوال تنقضى دعوى الإبطال بمضى خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد (المادة ١٤٠ مدنى مصرى) .

ويترتب على إبطال العقد أو بطلانه أن يعاد الطرفان إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد . ويلتزم كل منهما بأن يرد للآخر ما أخذه فإذا إستحال ذلك جاز الحكم بتعويض معادل (المادة ١٤٢مدنى مصرى) .

ونكتفى بهذا القدر لتوضيح البطلان المتعلق بعيوب الإرادة ، على أن نعود إلى موضوع البطلان مرة أخرى فى نهاية هذا الباب لنبين حكمه فيما يتعلق بأركان التصرف جميعها .

الفصل الثالث
الأهلية

١٩٨ – تعلق أحكام الأهلية بالنظام العام : من المقرر فى مختلف التشريعات أن أحكام الأهلية la capacité من المسائل المتعلقة بالنظام العام ، فلا يجوز النزول عنها ولا الإتفاق على ما يخالفها (١) كما أنه لا يجوز التحكيم فيها لأنها من المسائل التى لا يجوز فيها الصلح . فنجد فى القانون المدنى المصرى المادة ٤٨ التى تقضى بأنه : " ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل فى أحكامها ".

وأحكام الأهلية فى القوانين العربية مستمدة فى مجملها من الفقه الإسلامى غير أن الأجنبى تسرى عليه أحكام قانون جنسيته فيما يتعلق بالأهلية .

١٩٩ – تعريف الأهلية : ويقصد بالأهلية صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالإلتزامات ومباشرة التصرفات (٢) .

٢٠٠ – أنواع الأهلية : الأهلية نوعان : أهلية وجوب بمقتضاها تثبت للإنسان الصلاحية لوجوب حقوق له أو عليه ، وأهلية أداء

---

(١) السنهورى : الوجيز ـ فقرة ١٠٧ ـ ص ٩٧ ـ ص ٩٨ ، عبدالباقى : فقرة ١٢٣ ص ٢٤٥ .

(٢) عبدالفتاح عبدالباقى : فقرة ١٢٢ ـ ص ٢٤٤ ؟.

وبمقتضاها تكون للإنسان صلاحية إستعمال حقوقه بواسطة التصرفات القانونية . وإذا ذكرت الأهلية دون نعت أو تخصيص كان المقصود هو أهليه الآداء (١) .

٢٠١ – تمييز الأهلية عما سواها : وتختلف الأهلية عن الولاية فأهلية الشخص صلاحية مقررة له فى مال نفسه ، أما الولاية فهى صلاحية تتقرر له فى مال غيره . وتختلف الأهلية كذلك عن المنع من التصرف وعدم القابلية للتصرف فالمنع من التصرف لا يرجع إلى نقص فى الإدراك أصلى أو عارض ، وإنما يرجع إلى وجود مصلحة تبرر عدم التصرف فى المال . كذلك عدم قابلية المال للتصرف لا يرجع إلى إعتبار فى الشخص بل فى المال ذاته ، مثل عدم قابلية المال الموقوف للتصرف فيه .

٢٠٢ – ثبوت الإهلية : الأصل أن لكل إنسان أهلية ، والأصل أيضا فى الأهلية التى تثبت له أن تكون كاملة ، إلا إذا نص القانون على غير ذلك (٢) . وعلى ذلك إذا أدعى شخص نقص الأهلية كان عليه أن يبين وجه نقص أهليته طبقا للقانون ، فإذا عجز عن هذا الإثبات اعتبر كامل الأهلية .

وقد يحدث العكس ، فيدعى قاصر أنه كامل الأهلية ، ليخدع

---

(١) عبدالفتاح عبدالباقى : فقرة ١٢٢ ـ ص ٢٤٤ ؟.
(٢) مرقس : فقرة ١٥٧ ـ ص ١٥٩ .

المتعاقد معه ، وفى هذه الحالة لا يمكن إلزام ناقص الأهلية بالتعويض إلا إذا كان له من التمييز الدرجة الكافية لتقدير نتائج أعماله ونفس هذا الحكم منصوص عليه فى المادة ١٦٤ مدنى التى تقول : " يكون الشخص مسئولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز " . وإذا استعمل القاصر طرقا إحتيالية ليخفى نقص أهليته جاز إلزامه بالتعويض (المادة ١١٩ مدنى مصرى) .

أما فى القانون المغربى فلا يلزم ناقص الأهلية بالتعويض ، وإنما إذا طلب أبطال التصرف بعد بلوغه سن الرشد وكان قد استعمل طرقا إحتيالية من شأنها أن تحمل المتعاقد الآخر على الإعتقاد برشده أو بموافقة وصيه أو بكونه تاجرا ، فإنه يجاب إلى طلب أبطال العقد ، ولكن يبقى ملتزما فى حدود النفع الذى استخلصه من الإلتزام أى أنه يسأل طبقا لقواعد الإثراء بلا سبب .

غير أن أحكام الأهلية لا يقصد بها الإلتزامات التى تنشأ من الواقعة المادية بل الإلتزامات التى تنشأ من التصرف القانونى (١) .

٢٠٣ ـ انواع التصرفات القانونية : والتصرفات القانونية من حيث علاقتها بأحكام الأهلية تنقسم إلى ثلاثة أنواع : تصرفات ضارة ضررا محضا وهى التبرعات وتصرفات نافعة نفعا محضا وهى أعمال

---

(١) عبدالباقى : فقرة ١٢٤ ـ ص ٢٤٦ ـ ٢٤٧ .

الإغتناء مثل تلقى الهبات وتصرفات تدور بين النفع والضرر ، أى يأخذ فيها الشخص ويعطى ، ومجالها أعمال المعاوضة وأعمال الإدارة ، فهى تشمل عقود التصرف بعوض كالبيع وعقود الإدارة التى ترد على إستغلال الشىء كعقد الإيجار . وهذه الأنواع تتدرج فى الخطورة ، فأخطرها شأنا التبرعات وأقلها خطرا أعمال الإغتناء ، وفى المرتبة الوسطى بينهما توجد أعمال التصرف بعوض وأعمال الإدارة . ويستتبع تزايد الخطر فى بعض التصرفات عن بعضها الأخر ، أن الأهلية المتطلبة فى كل منها يجب أن تكون مكتملة كلما اشتدت خطورة التصرف ، فدرجات أهلية الاداء تتدرج فى نموها بحسب السن حتى تكتمل .

٢٠٤ - مراحل إكتمال الأهلية : يولد الإنسان عديم الإدراك ، فتثبت له أهلية الوجوب كاملة ، اما أهلية الأداء عنده فتكون معدومة ، ويظل عديم التمييز يستفيد مع نموه من تجارب الحياة حتى يصل إلى سن التمييز ؛ فتكون له أهلية آداء جزئية ، ثم إذا وصل نموه وإدراكه أشده صار كامل الأهلية أو ررشيدا ، وقد يبلغ الشخص رشده ولكنه يعرض له عارض ينتقص من أهليته أو يعدمها ، فإذا أصابه جنون أو سفه يعامل معاملة الصغير الذى لم يكتمل إدراكه ، لذلك نتناول هذه العوارض بالبيان .

وإليك بيان كل ذلك :

٢٠٥ - ١- عديم التمييز والمجنون: يكون الشخص عديم التمييز ما بين ميلاده ووصوله إلى سن التمييز وسن التمييز فى القانون المصرى سبع سنين ولكنه يختلف حسب التشريعات ففى القانون المغربى مثلا نجده إثنتا عشرة سنة . (الفصل ١٣٨ من المدونة ، والمادة ٢/٤٥ مدنى مصرى) . وفى هذه المرحلة يكون الطفل عديم أهلية الأداء فليست له أهلية الإغتناء ولا التصرف ولا التبرع - ويشبه الصغير غير المميز فى ذلك المجنون fou ou aliéné وهو من فقد العقل ولو كان سنه أكبر من سن البلوغ ، فقد نص الفصل ١٣٤ من مدونة الأحوال الشخصية المغربية على أنه :

"لا يكون اهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر فى السن أو جنون". ونصت المادة ١/٤٥ مدنى مصرى على أنه : " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر فى السن أو عته أو جنون ، وواضح التطابق بين النصين المغربى والمصرى ، فيما عدا أن النص المصرى قد أضاف العته وهو ضرب من الجنون إذا ذهب بالعقل .

فالعتوه faible d' esprit شخص قليل الفهم فاسد التدبير أما إذا لم يذهب عقله اعتبر سفيها (١) .

---

(١) وتصرفات المجنون والصبى غير المميز تكون باطلة بطلانا مطلقا سواء فى القانون المغربى أو فى القانون المصرى فقد نص الفصل ١٣٩ من المدونة على أنه : " ليس للصغير غير المميز حق التصرف فى ماله وتكون -

٢٠٦ – ٢ – الصبى المميز والسفيه إذا بلغ الصبى سبع سنوات أصبح صبيا مميزا ، فقد إكتمل له جانب يسير من الإدراك . ويظل صبيا مميزا إلى أن يبلغ إحدى وعشرين سنة ميلادية كاملة فيعتبر كامل الأهلية . وفى فترة التمييز هذه يكون حكم تصرفات الصبى المميز كما يلى . له أهلية الإغتناء فيستطيع تلقى الهبات وقبوله للهبة يكون صحيحا ، وليست له أهلية التبرع على الإطلاق ، وكل تبرع يصدر منه يكون باطلا بطلانا مطلقا . أما الأعمال الدائرة بين النفع والضرر كعقود المعاوضة ، فهى تبقى قابلة للإبطال ، وهى تبقى كذلك إلى أن يتم أحد ثلاثة أمور : أن يبلغ ناقص الأهلية سن الرشد ويجيز التصرف الذى عقده وهو قاصر فيصير تصرفا صحيحا ، أو أن يبلغ هذا التصرف ولى القاصر ، فيجيز هذا التصرف ويمضيه فيصير صحيحا ، أو أن يعرض أمر هذا التصرف على المحكمة فتجيزه فيصير صحيحا . وقد يحدث عكس هذه الأمور الثلاثة بأن تبطل المحكمة التصرف أو يرد الولى التصرف أو يطلب ناقص الأهلية أبطاله وبذلك يزول التصرف بأثر رجعى (المادة ١١١ مدنى مصرى) .

= جميع تصرفاته باطلة : " ونصت المادة ١١٠ مدنى مصرى على نفس الحكم بل هى مطابقة حرفيا للنص المغربى . كذلك نصت المادة ١١٤ مدنى مصرى على أن " يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر " . ولكن رأيا آخر فى القانون المغربى (الكزبرى ، جـ ١ – فقرة ١٠٥ ـ ص ١٤٠) قد ذهب إلى أن المجنون تكون تصرفاته باطلة بطلانا نسبيا كتصرفات السفيه ، وذلك استنادا إلى أن الفصل ١٤٦ من المدونة ينص على أن " تصرفات المجنون والسفيه غير نافذة إذا صدرت فى حالة الجنون أو السفه" .
ونحن لا نوافق على هذا الرأى ، ونرى أن الفصل ١٤٦ لم ينص =

وقد تبدو على الصبى المميز مخايل الرشد قبل بلوغه سن الرشد ، وفى هذه الحالة يمكن أن يؤذن له فى تسلم أمواله أو قدر منها

- على بطلان نسبى . وإنما نص على " عدم نفاذ " تصرف المجنون والسفيه وعدم النفاذ لا يساوى البطلان النسبى ، فالتصرف المشوب بالبطلان لا يكون نافذا سواء كان بطلانه نسبيا أو مطلقا ، بل أن فى حالة البطلان النسبى يكون التصرف نافذا إلى أن يحكم ببطلانه ، والذى لا ينفذ من أول الأمر هو التصرف الباطل بطلانا مطلقا . وهذا معناه أنه إذا كان ولابد من التقريب بين حكم المجنون والسفيه ، فإنه يجب تقريب السفيه من المجنون وإعتبار تصرفهما باطلا بطلانا مطلقا لأن هذا هو مقتضى عدم النفاذ . غير أننا سنرى فى الفقرة التالية أن السفيه حكمه حكم الصبى المميز . ونكتفى هنا بأن نبين أن حكم تصرفات المجنون هو حكم تصرفات الصبى غير المميز ، أى حكمها البطلان المطلق فى جميع الأحوال وأيا كان نوع التصرف ، وهو يختلف عن حكم تصرفات السفيه .

والصغير غير المميز يعتبر محجورا بقوة القانون دون حاجة إلى حكم قضائى بذلك ، ويظل محجورا إلى أن يبلغ رشده . وقد نص الفصل ١/١٣٧ من المدونة على أن " يعتبر محجورا للصغر من لم يبلغ سن الرشد " . أما المجنون فيجب أن يصدر قرار بالحجر عليه لقول الفصل ١٤٥ من المدونة : " المجنون والسفيه يحجر عليهما القاضى من وقت ثبوت حالتهما بذلك ، ويرفع عنهما الحجر إعتبارا من وقت زوال الجنون والسفه حسب القواعد الواردة فى هذه المدونة ويعتمد القاضى فى ذلك أهل المعرفة وسائر وسائل الإثبات الشرعية " . وفائدة الحجر على المجنون أن تعلم الكافة بحالته فتمتنع عن التعامل معه . ولذلك فإن حكم تصرفات المجنون قبل الحجر عليه هو البطلان إذا كانت حالة الجنون شائعة أو يعرفها المتعاقد معه . أما بعد قرار الحجر فإن جميع تصرفات المجنون تكون باطلة سواء عرف بحالته المتعاقد الآخر أم لم يعرف ، لأن الحجر يفترض علم الكافة به .

تنص المادة ١١٤ مدنى مصرى على ذلك بقولها : " يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر . — أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العتة شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها .

لإدارتها لتدريبه على ذلك ويمنح له هذا الإذن من وليه أو ممن يقوم مقام هذا الولى بعد إذن المحكمة الحسبية إذا بلغ الصبى ثمانى عشرة سنة (المادة ١١٢ مدنى) . فإذا ظهر سوء تصرف من ناقص الأهلية ألغت المحكمة الإذن (١) .

ويترتب على الإذن أن تصرفات القاصر المأذون تكون صحيحة فى حدود الإذن المعطى له أى أنه يكون كامل الأهلية فيما أذن له به (المادة ١١٢ مدنى مصرى) (٢) .

وقد يؤذن لناقص الأهلية فى الإتجار فى نفس السن آنفه الذكر ، وبذا يصبح كامل الأهلية بالنسبة إلى هذه التجارة ، كما يجوز سحب هذا الإذن أن أساء التصرف فيها .

ولكن وضع القاصر يثير صعوبة فيما إذا كانت قد آلت إليه تجارة وليه بطريق الميراث ، وأذنت المحكمة لوصيه فى الإستمرار فيها لحساب القاصر ثم أفلست هذه التجارة . هل يجوز شهر إفلاس القاصر أو وصيه ؟

---

(١) يحدد القانون السورى (م ١١٣) والعراقى (م ٩٨) سن الإذن بخمس عشرة سنة . أنظر الوجيز للسنهورى ـ ص ١٠١ هامش رقم ٢ . كما يحدده القانون المغربى بنفس السن (م ١٤٠ مدونة) .

(٢) للصبى المميز فى القانون المصرى أن يتصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته . وإذا بلغ ١٦ سنة كان له أن يتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره .

لا شك فى أنه لا يجوز شهر إفلاس الوصى لأن من يشهر إفلاسه يجب أن يكون تاجرا ، وأهم شروط اكتساب صفة التاجر أن يعمل الشخص لحساب نفسه ، والوصى يعمل لحساب الغير لا لحساب نفسه ، ومن ثم لا يكتسب صفة التاجر ، ولا يجوز شهر إفلاسه .

والقاصر لم يرتكب ذنبا يستحق عليه أن يشهر أفلاسه بشأن هذه التجارة ، وللإفلاس آثار صارمة بل هو ما زال يعتبر وصمة عار فى جبين التاجر . لذلك فإن الرأى الراجح يميل إلى إشهار إفلاس القاصر على أن ينطبق عليه آثار الإفلاس المالية دون الآثار الشخصية . والآثار المالية للإفلاس هى أن تغل يد القاصر ومن يمثله عن هذه التجارة ، ويعين وكيل عن الدائنين (سنديك) لإدارتها إلى أن تتم تصفيتها وتوزيع قيمتها على الدائنين ، وأن تطبق قواعد البطلان الخاصة بفترة الريبة على التصرفات السابقة على شهر الإفلاس ، وأن يمنح القاصر أثناء سريان الإجراءات نفقة له ولمن يعول من أموال هذه التجارة ولكن لا ينطبق على القاصر الحرمان من الحقوق السياسية والمدنية ، ولا يجوز تقييد حريته أو حبسه ولا يزول عنه إعتباره ولا يمنع من مزاولة تجارة جديدة بعد بلوغه سن الرشد .

ويشبه الصبى المميز فى الأحكام المتقدمة السفية وهو من يبذر المال على غير مقتضى العقل والشرع ، أو " هو المبذر الذى يصرف ماله فيما لا فائدة فيه وفيما يعده العقلاء عبثا " .

فالصبى المميز والسفيه لهما أهلية الإغتناء دون حاجة إلى تدخل من نائبهما القانونيـة .

والسفيه كالصبى المميز يمكن أن يؤذن له فى إدارة أمواله .

ويعرف القانون غير الجنون والعته والسفه ، حالـة ذى الغفلـة . وذو الغفلـة هـو الشـخص الـذى يغبـن فـى التصرفـات ، وحكمـه حكـم السفيه ، من حيث تصرفاته والحجر عليه .

٢٠٧ – ٣ – بلـوغ الرشـد : إذا بلـغ الشـخص إحدى وعشـرين سنة ميلادية كاملة ، كان كامل الأهلية ، فتكون له أهلية الإغتناء وأهلية التصـرف وأهليـة التبرع ، إلا إذا عـرض لـه عـارض مـن عـوارض الأهلية كالجنون والسفه فيكون حكمه كما تقدم فى الفقرتين السابقتين .

٢٠٨ – النيابـة الشـرعية : للنيابـة الشـرعية صـور ثـلاث : الولاية والوصاية والقوامة .

وتثبـت الولايـة لـلأب وللوصـى تحـت رقابـة المحكمـة ولـلأب الولايـة علـى نفـس القـاصر وعلـى مالـه . وهـذه الولايـة ملزمـة لـلأب ويتعين عليه القيام بها ، إلا أنه إذا كان الأب قد قام به سبب يمنعـه مـن تولى الولاية كالعجز ثبتت الولايـة للوصـى المختـار بوسـطة الأب وإلا ثبتـت للجـد الصـحيح : أولمـن تعينـه المحكمـة وصيـا . وفـى القـانون

المغربى إذا كان لأب قد أدمن على السكر أو إشتهر بسوء السلوك أو سوء معاملته الأمر الذى يعرض صحة أو سلامة أو أخلاق أولاده أو فروعه القاصرين للخطر ، فإنه يجوز رفع دعوى بطلب إسقاط السلطة الأبوية كما يمكن أن يقدم هذا الطلب من النيابة العامة .

وينطبق ذلك أيضا على الأم أو أى أصل آخر كالجد .

وبالنسبة إلى المجنون والمعتوه وذى الغفلة والسفيه تثبت الولاية على ماله للقيم الذى تعينه المحكمة بناء على طلب أحد ذوى الشأن أو النيابة العامة (١) .

---

(١) عبدالفتاح عبدالباقى : فقرة ١٤١ ـ ص ٢٨٦ .

الفصل الرابع
المحل

ينقسم بحثنا للمحل الى مبحثين أولهما لمعالجته في القوانين الحديثة ، والثاني لمعالجته في الفقه الاسلامي .

المبحث الأول
المحل في القوانين الحديثة

٢١٠ – نصوص قانونية :

تنص المادة ١٣١ مدني على أنه " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا . – غير أن التعامل في تركه انسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه في الأحوال التي نص عليها في القانون (١)" .

وتنص المادة ١٣٢ منه على أنه " إذا كان محل الالتزام مستحيلا

---

(١) يقابل هذا النص في التقنينات العربية الأخرى ما يلي من النصوص :
– في القانون الليبي ١٣١ /١ و ٢ مدني مطابقة . – في القانون الاردني : المادة ١٦ مدني تجيز التعامل في الاشياء المستقبلة اذا انتفى الغرر . – في القانون اليمني : المادة ١٨٦ مدني مخالفة .
– في القانون السوري : المادة ١٣٢ / ١ و ٢ مدني مطابقة .
– في القانون العراقي : المادة ١/١٢٩ مدني موافقة والفقرة ٢ مطابقة .
– في القانون اللبناني : المادة ١٨٨ موجبات موافقة .

فى ذاته كان العقد باطلا " (١) .

وتنص المادة ١٣٣ على أنه : " إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا . - ويكفى ان يكون المحل معينا بنوعه فقط اذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره واذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشىء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر التزم المدين بأن يسلم شيئا من صنف متوسط " (٢) .

---

(١) يقابل هذا النص فى التقنينات العربية الأخرى ما يلى من النصوص :
- فى القانون السورى : المادة ١٣٣ مدنى مطابقة
- فى القانون الاردنى : المادة ١٥٩ مدنى مطابقة .
- فى القانون الليبى : المادة ١٣٢ مدنى مطابقة .
- فى القانون اليمنى : المادة ١٩٢ مدنى موافقة .
- فى القانون العراقى : المادة ١٢٧ مدنى موافقة .
- فى القانون اللبنانى : المادة ١٩١ موجبات موافقة .

(٢) يقابل هذا النص فى التقنينات العربية الأخرى ما يلى من النصوص :
- فى القانون السورى : المادة ١٣٤ مدنى مطابقة .
- فى القانون الاردنى : المادة ١٦١ مدنى مطابقة .
- فى القانون الليبى : المادة ١٣٣ مدنى مطابقة .
- فى القانون اليمنى : المادة ١٨٨ و ١٨٩ مدنى موافقة .
- فى القانون العراقى : المادة ١٢٨ مدنى موافقة .
- فى القانون التونسى : المواد ٦٢ الى ٦٦ موافقة .
- فى القانون اللبنانى : المادتان ١٨٩ و ١٩٠ موجبات موافقتان .

وفى القانون المغربى تضمن تقنين الالتزامات والعقود النصوص التالية المقابلة للنصوص المصرية : -

وتقضى المادة ١٣٤ بأنه : " إذا كان محل الالتزام نقودا التزم المدين بقدر عددها المذكور فى العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه

– الفصل ٥٧ : " الاشياء والأفعال والحقوق المعنوية الداخلة فى دائرة التعامل تصلح وحدها لأن تكون محلا للالتزام ، ويدخل فى دائرة التعامل جميع الأشياء التى لا يحرم القانون صراحة التعامل بشأنها " .

يعيب البعض على هذا النص أنه لا محل لوصف الحقوق بأنها معنوية لأن الحق لا يتصور أن يكون ماديا (الكزبرى : جـ ١ ص ١٥٩ هامش رقم ١٢٠) . ولكن يلاحظ على هذا الرأى أن الحق يوصف بذلك لا لذاته ولكن بحسب محله ، كما يوصف الحق بأنه عقار أو منقول مع أنه ليس فى ذاته شيئا ثابتا ولا متحركا وإنما هو أمر ذهنى فقط . فيجب إذن ان يفهم هذا النص بالمعنى الذى نقول به

الفصل ٥٨ : " الشيء الذى هو محل الالتزام يجب أن يكون معينا على الأقل بالنسبة إلى نوعه ويسوغ أن يكون مقدار الشيء غير محدد إذا كان قابلا للتحديد فيما بعد " .

الفصل ٥٩ : " يبطل الالتزام الذى يكون محله شيئا أو عملا مستحيلا أما بحسب طبيعته أو بحكم القانون " .

الفصل ٦٠ : " المتعاقد الذى كان يعلم أو كان عليه أن يعلم عند ابرام العقد استحالة محل الالتزام يكون ملزما بالتعويض تجاه الطرف الآخر .

" ولا يخول التعويض إذا كان الآخر يعلم أوكان عليه أن يعلم أن محل الالتزام مستحيل " .

" ويطبق نفس الحكم : ١ – إذا كان المعقود عليه مستحيلا فى البعض دون البعض الباقى وصح العقد فى ذلك الباقى . " ٢ – إذا كانت الالتزامات تخييرية وكان أحد الاشياء الموعود بها مستحيلا " .

الفصل ٦١ : " ويجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا أو غير محقق فيما عدا الاستثناءات المقررة بمقتضى القانون .

" ومع ذلك لا يجوز التنازل عن تركة إنسان على قيد الحياة ولا إجراء اى تعامل فيها ، أو فى شيء مما تشتمل عليه ولو حصل برضاه وكل تصرف مما سبق يقع باطلا بطلانا مطلقا " .

النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر " (١) .

وأخيرا المادة ١٣٥ تقول : " اذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا " (٢) .

٢١١ – وقع واضعو التقنين المدنى الفرنسى فى خلط عندما تحدثوا عن محل الالتزام على أنه محل العقد ، وظن البعض ان الفرق ليس كبيرا ، وأن المسألة ليست لها أهمية إلا من الناحية النظرية . والواقع أن الالتزام ليس محلا للعقد ، وإنما هو أثر من آثاره . ومحل العقد هو العملية القانونية التى اتفق عليها الاطراف . أما محل الالتزام

---

(١) يقابل هذا النص فى التقنينات العربية الأخرى ، ما يلى من النصوص فى القانون السورى : المادة ١٣٥ مدنى مطابقة .
– فى القانون الاردنى : المادة ١٦٢ موافقة .
– فى القانون الليبى : المادة ١٣٤ مدنى مطابقة .
– فى القانون اليمنى : المادة ١٩١ مطابقة
– فى القانونين العراقى واللبنانى : لا يوجد له مقابل .

(٢) يقابل هذا النص فى التقنينات العربية الأخرى ما يلى من النصوص :
– فى القانون السورى : المادة ١٣٦ مدنى مطابقة .
– فى القانون الاردنى : المادة ١٦٣ موافقة .
– فى القانون الليبى : المادة ١٣٥ مدنى مطابقة .
– فى القانون اليمنى : المادة ١٨٥ موافقة .
– فى القانون العراقى : المادة ١٣٠ مدنى موافقة .
– فى القانون اللبنانى : المادة ١٩٢ موجبات موافقة .
أما نصوص القانون الكويتى الخاصة بالمحل فهى المواد ١٦٧ حتى ١٧٥ وهى موافقة . وفى القانون الجزائرى المواد ٩٢ وحتى ٩٦ موافقة .

فهو الاداء الذى يقدمه الملتزم.ويخضع محل العقد لأحكام مغايرة لتلك التى يخضع لها محل الالتزام والدليل على ذلك ان محل الالتزام قد يكون صحيحا فى ذاته ولكن العقد يقع باطلا لأن العملية القانونية يحرمها القانون كما فى تحريم التعامل فى تركه مستقبله وتحريم شراء رجال القضاء الحقوق المتنازع عليها (١) ومحل الالتزام لا يشترط أن يكون شيئا ، بل يمكن ان يكون عملا أو امتناعا عن عمل ،

ولذلك يكون الأصح أن يقال إن محل الالتزام هو الأداء La Prestation لا الشيء ، وحتى عندما يتعلق الالتزام بحق عيني ، فمحل الالتزام نقل الحق لاالشيء (٢). والمحل ركن فى الالتزام وايضا هو ركن بطريق غير مباشر فى العقد لأن العقد يولد الالتزام (٣) .

ومحل الالتزام هو الجواب عن السؤال : بماذا التزم المدين : quid debutur وهو يختلف عن سبب الالتزام ، فالسبب هو الجواب عن السؤال ، لماذا التزم المدين Cur Debutur (٤) .

---

(١) انور سلطان : فقرة ١٣٦ – ص ١٢١ .

(٢) مازو : الفقرتان ٢٣١ و ٢٣٢ – ص ١٨٨ والفقرة ٢٣٤ ص ١٨٩ . وقد تكون العملية القانونية محل العقد مشروعة ، بينما يكون محل الالتزام غير مشروع كما فى بيع حيوانات مصابة بمرض وبائى . وقد يكون محل الالتزام مشروعا بينما محل العقد غير مشروع كما فى التعامل فى تركه انسان على قيد الحياة . أنظر : ويل وتريه : فقرة ٢٢٤ – ص ٢٥١ .

(٣) عبدالباقى : فقرة ١٩٤ – ص ٤٠٧ .

(٤) مازو : فقرة ٢٣٤ – ص ٢٠٤ .

٢١٢ – شروط المحل : ويشترط في محل الالتزام أن يكون موجودا أو ممكنا ، وأن يكون معينا أو قابلا للتعيين ، وأن يكون مشروعا وقابلا للتعامل فيه . وإليك بيان هذه الشروط .

٢١٣ – أولا : المحل موجود أو ممكن : إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني وجب أن يكون الشيء محل الحق العيني موجودا ، وإذا كان محل الالتزام عملا أو امتناعا عن عمل ، وجب ان يكون هذا العمل او الامتناع ممكنا ومستطاعا . وعلى ذلك يجب أن نفصل شرط الوجود في الشيء وشرط الامكان في العمل والامتناع .

٢١٤ – أ – وجود الشيء : إن الشيء يكون محلا للحق العيني. ونقل الحق العيني يمكن أن يكون محلا للالتزام .

ولا يتيسر تحقيق محل الالتزام وهو نقل الحق العيني إلا إذا وجد الشيء الذي يرد عليه الحق العيني ، أو على الأقل كان وجوده في المستقبل ممكنا .

فإذا اشترط الطرفان إنشاء التزام على شيء موجود فعلا ، فلا يكفي أن يتبين بعد ذلك انه ممكن الوجود بل يجب أن يكون موجودا فعلا وإلا كان العقد باطلا : وإذا كان الشيء موجودا وهلك هلاكا كليا قبل التعاقد كان العقد باطلا كذلك . أما إذا هلك بعد التعاقد ،

فإن العقد يتم صحيحا ، ولكنه يكون قابلا للفسخ بسبب عجز أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه .

أما اذا كان هلاك الشيء قبل انعقاد العقد هلاكا جزئيا فان العقد ينعقد لأنه لم يرد على معدوم ، ولكن العدالة تقضى بأنه :

اذا ترتب على الهلاك الجزئى ان صار الشيء غير صالح للغرض الذى قصده الدائن ، كان حكمه حكم الهلاك الكلى ، أى يؤدى الى بطلان العقد ، أما اذا كان يصلح رغم الهلاك الجزئى ، فان المتعاقد الآخر يجوز له أن ينقص التزامه بمقدار ما هلك من الشيء ، أى يقتصر أثر العقد على القدر الذى لم يهلك (١) .

وقد يرتضى الطرفان أن يتعاقدا على شيء سوف يوجد فى المستقبل . وهنا يجب ان يكون الشيء ممكنا وجوده . وعلى ذلك يجوز بيع الزرع قبل حصاده ، بل وقبل بذره ، وبيع دار قبل بنائها ، وبيع سلعة قبل أن ينتجها المصنع ، ويستوى أن يكون الشيء محقق الوجود او محتمل الوجود فالعقد يصح فى الحالتين . فالتعامل فى الأشياء المستقبلة جائز ما لم يمنعه القانون (٢) :

---

(١) سليمان مرقس : فقرة ١٢٤ – ص ١٢٦ .

(٢) السنهورى : الوجيز : فقرة ١٥٩ – ص ١٤٧ – ١٤٨ . ومن امثلة منع التعامل فى الاشياء المستقبلة قانونا : قانون ١١ مارس ١٩٥٧ فى فرنسا وهو قانون خاص بالملكية الأدبية والفنية . فالمادة ٣٣ منه تنص على منع المؤلف =

٢١٥ – التعامل فى تركة شخص على قيد الحياة : هناك نوع من التعامل فى الاشياء المستقبلة نهى القانون عنه . وهو التعامل فى التركة المستقبلة ولو تم برضاء صاحبها ، أى التعامل فى أموال شخص حى على أساس أن امواله ستكون تركة بعد وقت طال أو قصر فهذا التعامل يقع باطلا بطلانا مطلقا (١) .

والتركة هى مجموع حقوق وديون الشخص فى لحظة وفاته . والمحظور هو أن يتعامل وارث مع اجنبى او مع وارث آخر فى منقول أو عقار من أموال شخص آخر سيكون مورثه لو مات قبله . أو أن يتعامل هذا " المورث المستقبل " مع أحد ورثته المحتملين أو مع اجنبى . وهذا التعامل يكون باطلا اذا ورد على نصيب الوارث او على شىء يعتقد انه سيكون جزءا من نصيبه فى التركة ، أو إذا كان التعامل بين " المورث المستقبل " وبين أحد الورثة المحتملين لتمييزه بنصيب يزيد عن نصيبه الشرعى من الميراث أو لجعل نصيبه أقل مما يستحق ، أو اذا تعامل مع أجنبى لاعطائه جزءا من التركة ، إذ لايجوز ذلك الا عن طريق الوصية وهى تصرف يجوز الرجوع فيه .

ولها قدر معين فلاتزيد عن ثلث التركة . والموصى له لا يجوز له التعامل فى الموصى به إلا بعد وفاة الموصى .

– من بيع حقوقه على مصنفاته المستقبلة ، حماية له من الارتباط بالتزام لا يقدر عواقبه . انظر : ويل وتريه : فقرة ٢٢٩ – ص ٢٥٥ .

(١) عبدالفتاح عبدالباقى : فقرة ٢٠٠ – ص ٤١٥ – ٤١٩ .

وكل تعامل مما تقدم باطل معاوضة كان او تبرعا .

ولكن اذا كان التعامل من " المورث المستقبل " واردا على عين معينة يملكها - فالتصرف سليم ، وكذلك اذا باع كل امواله الموجودة حاليا ، أما اذا باع أمواله الحالية والمستقبلة الى حين وفاته فالتصرف يكون باطلا لأنه يعتبر تعاملا فى تركة مستقبلة (١) .

وتحريم التعامل فى التركة المستقبلة يرجع الى عهد القانون الرومانى ما لم يتم برضاء المورث المحتمل لأنه مضاربة على موت المورث (٢) . اما فى القوانين الحديثة فهو يرجع الى الرغبة فى حماية المورث والوارث معا من التورط فى بيع تركة بثمن بخس .

٢١٦ – ب – إمكان العمل او الامتناع عن العمل : يجب ان يكون العمل او الامتناع الذى يرد عليه الالتزام ، أمرا ممكنا ومستطاعا . فاذا لم يكن ممكنا ، صار مستحيلا ، والمستحيل لا يلتزم به أحد a' l'impossible nul n'est tena ويكون العقد عندئذ باطلا .

والاستحالة التى تبطل الالتزام والعقد هى الاستحالة المطلقة l'impossibilité absolue ،ومعناها استحالة العمل فى ذاته لاستحالته

---

(١) السنهورى : الوجيز : ص ١٤٨ – هامش رقم ٢ .

(٢) عبدالفتاح عبدالباقى : ص ٤١٥ هامش رقم ٣ .

على المدين وحده . فمن يتعهد بتوريد سلعة لم تعد تنتج يتعهد بمستحيل استحالة مطلقة فيبطل تعهده (١) ، وهذه الاستحالة استحالة مطلقة طبيعية ، ترجع الى طبيعة الأشياء . ويمكن ان تكون الاستحالة المطلقة قانونية أى ترجع الى سبب قانونى ، فلولا نص القانون لكان ممكنا . ومثال الاستحالة القانونية ان يتعهد محام برفع دعوى للطعن بالنقض فى حكم نهائى ، لا يجوز الطعن فيه بالنقض أو أن يتعهد باقامة استئناف بصدد حكم بعد فوات ميعاد الطعن فيه . فالاستحالة فى إقامة هذه الدعاوى ترجع الى نصوص القانون أما اذا تبين ان الاستئناف قد رفع قبل فوات الميعاد ، فإن استحالة التزام هذا المحامى تكون استحالة طبيعية ، لا ترجع الى سبب قانونى (٢) .

والاستحالة المطلقة تبطل الالتزام والعقد اذا وجدت قبل التعاقد ، أما اذا وجدت بعد التعاقد فهى لا تؤثر على وجود العقد ، وإنما تؤدى الى انقضاء الالتزام وتبرأ منه ذمة المدين ، ما لم يكن مقصرا فيلتزم بالتعويض .

ويلتزم بالتعويض عند وجود الاستحالة من كان يعلم أو كان يجب عليه ان يعلم بوجود الاستحالة ، فيجب عليه ان يؤدى التعويض عن الضرر الذى يصيب الطرف الآخر . أما اذا تبين ان الاستحالة

---

(١) كاربونييه : فقرة ٢٥ – ص ٨٨ .

(٢) السنهورى : الوجيز: الفقرتان ١٦٢ – ١٦٣ ص ١٢٥ – ص ١٥٢ .

كانت معلومة للطرفين أو أنها كان ينبغى أن تكون معلومة لهما فلا يلتزم أى منهما بالتعويض . والتعويض ناتج عن خطأ وقع من أحد الطرفين تسبب عنه ضرر للآخر . ولذلك لا يستحق هذا التعويض اذا كان الخطأ قد صدر من كل من المتعاقدين نحو الآخر إذ تقع مقاصة بين الخطأين فلا يستحق تعويض .

أما الاستحالة النسبية ، وهى تعذر الأمر بالنسبة الى المدين وحده ، دون غيره ، فلا تؤثر على وجود العقد ، لأن هذا يعتبر من قبيل العجز الشخصى لا الاستحالة المطلقة (١) .

٢١٧ - ثانيا : المحل معين أو قابل للتعيين : اذا كان محل الالتزام نقل حق عينى وجب ان يكون الشىء محل الحق معينا ، فإن لم يتعين وجب أن يكون قابلا للتعيين ، حتى ينشأ عليه الحق عند تعيينه . والشىء يكون معينا بوصفه وصفا نافيا للجهالة . ويكون قابلا للتعيين اذا كان معينا بالنوع اى كان غير معين بالذات ، وهنا يعين الشىء ببيان جنسه ونوعه ومقداره . مثل بيع عشرة كيلو جرامات من التمر . وقد تحدد جودة الصنف المطلوب كأن يقال انه من تمر المدينة المنورة ، وقد تترك بدون تحديد ، وعندئذ يعتبر الصنف الواجب تقديمه صنفا متوسطا فى الجودة ، لا يلزم أن يكون ممتازا ، ولا يجوز ان يكون رديئا .

---

(١) كاربنييه : فقرة ٢٥ - ص ٨٨ .

٢١٨ – ثالثا : المحل مشروع وقابل للتعامل فيه : لا يقبل الشىء التعامل إذا كان خارجا عن دائرة التعامل ، أما بطبيعته كالهواء والماء وضوء الشمس وحرارتها فهى اشياء ليست ملكا لأحد بعينه وانما هى ملك للكافة ، وأما أن يخرج عن دائرة التعامل بسبب الغرض الذى خصص له الشىء ، كالأموال العامة والعقارات الموقوفة ، ولكن الممنوع بالنسبة لها هو التعامل الذى يتنافى مع الغرض ، أما غيره من أنواع المعاملات فليس ممنوعا ، فتأجير الملك العام أو الموقوف مثلا ليس ممنوعا .

وقد يكون المحل غير مشروع ، وبذلك يكون ايضا غير قابل للتعامل فيه وعدم المشروعية يمكن أن يكون بنص فى القانون أو فى القرارات التنظيمية واللوائح المنفذة للقانون . وقد يكون عدم المشروعية لمخالفة النظام العام ، والآداب.وقواعد النظام العام هى مجموعة قواعد تحمى مصالح عليا للمجتمع سياسية كانت تلك المصالح أو اجتماعية أو اقتصادية أو دينية . فهذه القواعد لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، وكل اتفاق مخالف لها باطل .

أما الآداب فهى مجموعة قواعد " تجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقا لناموس أدبى ، فالعادات والعرف والدين والتقاليد ، وإلى جانب ذلك ، بل فىالصميم منه ، ميزان انسانى يزن الحسن والقبح ، ونوع من الالهام البشرى يميز بين الخير والشر ، كل هذه العوامل

مجتمعة توجد الناموس الأدبى الذى تخضـــع النـاس لـه ولـو لـم يـأمرهم القانون بذلك " (١) .

والنظام العام والآداب فكرتان مرنتان ومتطورتان . ففى بعض الأزمان كانت النظرة الى عقد معين مختلفة عما هى عليـه الآن ، فعقـد التـأمين علـى الحيـاة كـان مخالفـا لـلآداب فـى نظـر واضعـى التقنيـــن المدنـــى الفرنسى لأن فيه مضاربة علـــى حيـاة انسـان ، ولكنـه الآن عكس ذلـك تماما ، فهو عمل مشروع ومستحب وينبىء عن بعـد النظـر والاحتيـاط للمستقبل . وعقد الوسـاطة فـى الـزواج كـان فـى القـرن المـاضـى غير مشـروع . ولكنـه الآن مشـروع لأن نظـرة المجتمـع اليـه قـد تغـيرت . وعقد الهتافة contrat de claque (٢) بيـن صـاحب المسـرح وبيـن مقـاول يقـدم للمسـرح أشـخاصـا يسـتخدمهم فـى الجلـوس بيـــن صـفـوف المتفرجين للتصفيق والهتاف للمسرحية المعروضة علـى سـبيل الدعايـة لها بين المتفرجين ، وكان يعتبر فى المـاضـى عقـدا بـاطلا أصبـح الآن معترفا بمشروعيته لأنه يقوم على الرغبة فى تشجيع الفنانين الناشئين . ومما لاشك فيه أن سلامة جسم الانسان تتعلق بالنظــام العـام ولا يجـوز المساس بها ولو بالاتفاق ، ومع ذلك أصبح عقد التبرع بالدم مشروعا ، بل ويمكن أن يقدم الدم بمقابل نقدى أو عينى ، وألزم ما يكون ذلك فـى أوقات الحروب لنقل الدم الى الجنود المصـابين .

---

(١) السنهورى : الوجيز : فقرة ١٦٩ – ص ٨ أ .

(٢) بلانيول وريبير واسمان : فقرة ٢٣٤ – ص ٢٢٦ – ص ٢٨٧ ، ويـل وتريه : فقرة ٢٤٦ – ص ٢٧٣ – ص ٢٧٤ .

وكذلك تختلف فكرتا النظام العام والآداب من مكان الى مكان ، فالتقاليد فى البلاد الاوربية تغض النظر فى العلاقات بين الرجال والنساء عن أشياء تعتبر فى البلاد الاسلامية منكرا فى نظر الشريعة الاسلامية ؛ وقيام المؤجر بتحديد الاجرة التى يقبل فى المبانى التأجير بها ، مخالف للنظام العام فى مصر إذ تقوم لجان حكومية بتحديد الأجرة ثم عدل المشرع جزئيا عن هذا الاتجاه ، أما فى المغرب فهو امر مباح للمؤجر بلا قيد .

والمعيار الذى تؤخذ به فكرتا النظام العام والآداب معيار موضوعى ، فلا يجوز للقاضى أن يتبع آراءه الشخصية فى هذا الموضوع ، بل يجب عليه أن يطبق مذهبا عاما تدين به الجماعة بأسرها . ولذلك فان اعتبار قاعدة من النظام العام أو الآداب مسألة قانون يخضع فيها لرقابة محكمة النقض (١) .

وتطبيقات فكرتى النظام العام والآداب لا تقتصر على دائرة القانون الخاص بل تمتد فى شتى فروع القانون ، فيبطل لمخالفة النظام العام : الاتفاق الذى يتعهد بموجبه ناخب بأن يعطى صورته لمرشح فى الانتخابات ، والاتفاق الذى يتنازل به إنسان عن حرية من حرياته ، فلا يجوز أن يتعهد شخص بعدم ممارسة التجارة أو مهنة معينة إلا اذا كان ذلك الاتفاق محددا بمدة معينة ومنطقة معينة ، ويبطل إذا كان مطلقا

(١) السنهورى : الوجيز : ص ١٥٨ - هامش رقم ٢ و ٣ .

واذا تعهد موظف بالاستقالة من وظيفته كان تعهده باطلا ، والاتفاق على ارتكاب جريمة باطل ، وكذا الاتفاق على عدم ارتكاب جريمة مقابل مبلغ معين يكون باطلا . والاتفاق على تعديل الحالة المدنية كالجنسية والاسم والنسب باطل ، وكذا التعديل فى أحكام الأهلية أو فى حقوق الزوجين باطل . واتفاق الزوجين فى القانون الفرنسى على الطلاق باطل حتى صدور قانون ١١ يوليو ١٩٧٥ (١) .

ويبطل لمخالفة الآداب الاتفاق على إنشاء علاقة جنسية ، أو على اعداد بيت للدعارة ولو منح به ترخيص ادارى ، وكل ما يتعلق به من العقود باطل ، كاستئجار المكان وشراء الفراش وما الى ذلك .

وقد ادى اتساع وظائف الدولة فى العصر الحديث وقيامها بمهام اقتصادية وصلت احيانا الى ادارة الاقتصاد الوطنى فى جملته بجانب مهمتها السياسية الى اتساع نطاق النظام العام والقول بنظام عام اقتصادى يضيق دائرة النشاط الفردى فى الجماعة (٢) .

ويثير التنازل عن الزبائن بعض الصعوبات . فجمهور المتعاملين مع محل تجارى أو مع صاحب مهنة حرة كالطبيب والمحامى ، ليسوا قابلين للتعامل فيهم ، ولكن قد أصبح مسلما أن زبائن المتجر

---

(١) ويل وتريه : فقرة ٢٤٥ – ص ٢٧١ .
(٢) جمال زكى : فقرة ١٠٦ ص ١٧٧ .

من عناصره المعنوية ، بل هم العنصر الاساسى والجوهرى فيه ، وبدونهم لا يكتسب وصف المحل التجارى وانما يعتبر مخزنا للبضائع أو شيئا غير ذلك ؛ ولذلك يدخل فى تقدير قيمة المحل التجارى حجم الزبائن الذين يتعاملون معه . أما المهن الحرة فقد اعتبر القضاء الفرنسى زبائنها خارجين عن دائرة التعامل ، ثم عدلت أحكام أخرى عن هذا الاتجاه فاعتبرت محكمة النقض الفرنسية صحيحا تنازل طبيب الاسنان عن عيادته وقيامه بتقديم خلفه الى زبائنه وتعهده له بعدم فتح عيادة أخرى فى منطقته . أما مهنة المحاماة فلم يوافق القضاء بصددها على تنازل المحامى عن زبائنه لزميل له . ولكن من المسموح به فى فرنسا قانونا ، إنشاء شركات مدنية للمحامين (مرسوم ١٣ يوليو ١٩٧٢) ويجوز فيها تنازل المحامى عن نصيبه فى هذه الشركة أو تنازل ورثته عنه بعد وفاته . وغنى عن البيان أن من يقع التنازل اليه يكون صاحب مهنة حرة يجب أن يكون حاملا للشهادات المطلوبة قانونا لمزاولتها (١) .

المبحث الثانى
المحل فى الفقه الاسلامى

٢١٩ – يرى بعض المحققين فى الفقه الاسلامى " ان اختلاف فن الصياغة القانونية بين الفقه الاسلامى والقانون المعاصر اقتضى

---

(١) بلانيول وريبير واسمان : فقرة ٢٣٩ – ص ٢٩٢ – ص ٢٩٦ .
ويل وتريه : فقرة ٢٣٢ – ص ٢٥٨ – ص ٢٥٩ .

نوعا من الاختلاف فى فكرة محل الالتزام أو المعقود عليه . فالقانون يهتم بالموضوع المباشر للالتزام أو يجعله محلا له فمحل الالتزام يتمثل فى عمل أو فعل ايجابى أو سلبى كعمل البائع على نقل الملكية والتسليم والضمان وعمل المشترى على وفاء الثمن . أما الفقه الاسلامى فيهتم بالغاية من الحق ففى البيع الغاية هى المبيع والثمن . " بذلك تصبح الاشياء لا الافعال هى المعقود عليه " (١) .

وسنتناول شروط المحل فى الفقه الاسلامى بنفس الترتيب الوارد فى المبحث السابق ، فنتحدث أولا عن وجود المحل أو كونه ممكنا ، ثم عن تعيينه أو قابليته للتعيين ، ثم عن مشروعيته .

٢٢٠ - أولا : المحل الموجود : يشترط أن يكون المحل موجودا عند ابرام العقد ، فاذا لم يكن المحل موجودا وقت العقد بطل العقد ، هذا ولو ثبت أن المحل متيقن من وجوده مستقبلا . فالتعاقد على شىء مستقبل غير جائز فى الفقه الاسلامى ، لما فيه من الغرر لذلك نصت المادة ٣٦٣ من المجلة على أن " بيع المعدوم وما ليس بمقدور التسليم وما ليس بمال متقوم باطل " . ولتحديد تأثير الغرر فى العقد يجب التفرقة بين خمس صور يختلف فيها وضع الشىء محل الالتزام : الأولى : أن يوجد الشىء عند العقد كاملا . والثانية ألا يوجد الشىء عند العقد ويتحقق انه لن يوجد كذلك مستقبلا . وفى هاتين الصورتين

---

(١) عبدالفتاح عبدالباقى : فقرة ٢٠٤ - ص ٤٢٣ .

لايوجد الغرر ، وانما يكون العقد سليما فى الصورة الأولى لوجود المحل ، وباطلا فى الثانية : لعدم وجود المحل ، ويتفق فى هذا الفقه الاسلامى مع الفقه الغربى . والصورة الثالثة : أن يوجد الشىء فى أصله عند العقد ، ثم يكتمل وجوده بعد انعقاد العقد . والصورة الرابعة: ألا يوجد الشىء وقت العقد ولكن يكون من المحقق أنه سيوجد فى المستقبل ، والصورة الخامسة والأخيرة ألا يوجد الشىء وقت التعاقد ولا يكون محققا وجوده فى المستقبل (١) .

وهذه الصور الثلاث هى التى يحتمل وجود الغرر فيها ، وذلك على النحو التالى :

٢٢١ – أ – وجود الشىء فى أصله ثم اكتماله فى وقت لاحق : يتحقق ذلك عندما يبدأ ظهور الزرع أو الثمر ، ولكن نموه يكتمل بعد وقت معلوم ، وكذا عندما يوجد الزرع بعضه بعد بعض . وبيع الثمر والزرع بعد الطلوع وقبل اكتماله أى قبل بدو صلاحه جائز إذا كان منتفعا به وبشرط القطع ، أى بشرط أن يقوم المشترى بقطعه فلا يبقى فى الارض حتى يكتمل نموه . ولا يجوز ان يشترى بشرط أن يبقى الزرع فى الأرض حتى يبدو صلاحه إذ يكون البيع فاسدا ، الا اذا كان قد تناهى عظمه فيجوز اشتراط أن يبقى فى الأرض الى بدو صلاحه ومع ذلك فهناك بعض الاستثناءات التى يقررها الحنفية تيسيرا للتعامل

(١) السنهورى : مصادر الحق : جـ ٣ – ص ١٤ .

فى هذه الحالة وهى أنه يجوز ان يبقى الزرع باذن البائع الى بدو صلاحه . أما الزرع الذى يظهر بعضه بعد بعض كالبطيخ والباذنجان ، فهو فى مذهب مالك جائز بيعه سواء ما ظهر منه وما لم يظهر ، أما عامة العلماء فترى أنه لا يجوز بيع ما لم يظهر منه ويجوز فقط بيع ما ظهر . ورأى المالكية أساسه أنهم يعتبرون ان البيع ولو أن فيه شيئا من الغرر إلا أن من الغرر ما يجوز لموضع الضرورة ، كما أنه يجوز إذا كان يسيرا (١) .

٢٢٢ – ب – تحقق وجود الشىء فى المستقبل : الفرض فى هذه الحالة أن الشىء غير موجود عند التعاقد ، ولكن من المؤكد أنه سيوجد فى المستقبل . ويلاحظ بعض الفقهاء على هذه الحالة أن عدم جواز بيع المعدوم اصلا يرجع الى فكرة الغرر ، ولكن هذا الأصل قد اختفى فى عصور التقليد وأصبح انعدام الشىء فى ذاته هو سبب

(١) السنهورى : مصادر الحق – جـ ٣ – ص ١٥ – ص ٣٠ . ومع ذلك فان الدكتور عبدالفتاح عبدالباقى يذكر أن واضعى المجلة كتبوا فى تقريرهم الى الصدر الاعظم أنه " لا يصح بيع المعدوم . والحال ان ما كان مثل الورد والخرشوم من الازهار والبقول والفاكهة التى يتلاحق ظهور محصولاتها يصلح فيه البيع اذا كان بعض المبيع قد ظهر وبعضه لم يظهر لأنه لما كان ظهور محصولاتها دفعة واحدة غير ممكن وانما يظهر افرادها وتتلاحق شيئا فشيئا اصطلح الناس فى التعامل على بيع محصولاتها الموجودة والمتلاحقة بصفة واحدة ولذا جوز محمد بن الحسن الشيبانى هذا البيع استحسانا وقال : اجعل الموجود اصلا والمعدوم تبعا له . وحيث ان ارجاع الناس عن عاداتهم المعروفة عندهم غير ممكن كما ان حمل معاملاتهم بحسب الامكان على الصحة أولى من نسبتها الىالفساد . وقع الاختيار على ترجيح قول محمد "– عبدالباقى : ص٤٢٥ هامش٣.

البطلان ولو لم يكن ثمة غرر ، وهذا الحل يضيق بحاجات التعامل ، ولذلك وردت عليه استثناءات هي السلم والاستصناع والاجارة . فالاجارة مثلا بيع منافع مستقبلة أبيحت من قبيل الاستحسان .

على أن هذه الحالة - حالة الشيء المحقق وجوده مستقبلا - لا يقع فيها الغرر إذا كان المشترى سيدفع من الثمن بمقدار ما يأخذ من المبيع الذى سيوجد ولذلك يكون هذا البيع جائزا . أما اذا كان يشترى جزافا فان الغرر يصيبه ويبطل البيع (١) .

٢٢٣ - جـ - الشيء غير المحقق الوجود مستقبلا : اذا كان الشيء غير محقق الوجود في المستقبل ، سواء كان أصله موجودا وقت التعاقد أو غير موجود ، فان العقد يكون باطلا ، لتغلغل الغرر الفاحش فيه ، فهو كالمقامرة ومن ذلك بيع اللبن فى الضرع وبيع حمل الدابة فى بطنها ولنفس السبب - أى وجود الغبن والغرر يبطل التعامل فى التركة المستقبلة (٢) .

٢٢٤ - ثانيا - المحل ممكن : أى مقدور التسليم عند العقد :

---

(١) و(٢) السنهورى : مصادر الحق - جـ ٣ - ص ٣١ - ص ٥٣ .
وقد أخذ التقنين المدنى العراقى بما تقدم بشأن وجود محل العقد ، فقال فى المادة ١٢٩ : " ١ - يجوز أن يكون محل الالتزام معدوما وقت التعاقد إذا كان ممكن الحصول فى المستقبل وعين تعيينا نافيا للجهالة والغرر - ٢ - غير أن التعامل فى تركه انسان على قيد الحياة باطل " .

أما المحل المستحيل فهو يؤدى الى بطلان العقد وتضرب المجلة مثلا على ذلك ببيع سفينة غرقت أو حيوان نادر ولا يمكن مسكه وتسليمه أو دابة فارة ، والاستحالة المطلقة فى الفقه الاسلامى تؤدى الى بطلان العقد ، غير أن الاستحالة المطلقة هنا أخف فى شروطها من الاستحالة المطلقة عند الفقه الغربى . ويتضح ذلك من الامثلة التالية :

١ - اذا أبق العبد صار تسليمه مستحيلا استحالة مطلقة ، وبيعه باطل ولكن اذا عرف شخص بوجود العبد الآبق عند آخر ، وطلب من مولاه أن يبيعه إياه ويقوم هو بقبضه ، فالاستحالة نسبية فينعقد البيع موقوفا على القبض .

٢ - تتحقق الاستحالة المطلقة اذا باع شخص طيرا كان بيده ثم طار فالبيع باطل .

٣ - يعتبر الفقه الاسلامى الاستحالة قائمة ، إذا كان التسليم مقدورا ولكنه يصيب الملتزم به بضرر . ويكون البيع عندئذ فاسدا لا باطلا . أما اذا رضى الملتزم بالضرر وسلم الشىء ، فالتصرف صحيح (١) .

٢٢٥ - ثالثا : المحل معين أو قابل للتعيين : يكون المحل معينا

---

(١) السنهورى : مصادر الحق - جـ ٣ - ص ٥٣ - ص ٥٧ .

اذا كان معلوما علما مانعا للجهالة الفاحشة . فاذا كان غير ذلك أى مجهولا جهالة تؤدى الى التنازع ، فان العقد يكون فاسدا . ويفرق الفقه الاسلامى بين ما اذا كان الشيء موجودا فى مجلس العقد أم كان غير موجود فيه .

فاذا كان الشيء موجودا فى مجلس العقد يحصل العلم بالاشارة اليه وتشترط المالكية رؤيته ليحصل العلم به . وتشترط الشافعية رؤيته كذلك سواء كان موجودا فى مجلس العقد ام كان غائبا عنه .

واذا كان الشيء غائبا عن المجلس يحصل العلم به بالوصف وصفا مانعا من الجهالة الفاحشة . فالشيء المعين بالذات يوصف ويعين بوضوح ، فيكفى به مثلا أن يقول شخص : بعتك دارى ، وليس له سواها دار . واذا كان غير معين بالذات ، يتعين بالوصف الذى ينفى الجهالة الفاحشة ، فيبين جنسه ونوعه ومقداره أما اذا قال " بعتك جميع الاشياء التى هى فى ملكى فهذا بيع فاسد للجهالة وكذا عدم تعيين الاجرة أو الشيء المؤجر فى الاجارة أو عدم تعيين الشيء الموهوب فى عقد الهبة (١) . وعند المالكية يجوز البيع على البرنامج (٢) كما تقدم .

---

(١) عبدالفتاح عبدالباقى : ص ٤٢٧ وما بعدها .

(٢) أنظر تفاصيل أخرى فى مصادر الحق للسنهورى : جـ ٣ - ص ٦٢ - ص ٧٨ .

٢٢٦ - رابعا : قابلية المحل للتعامل فيه ومشروعيته : يعتبر الفقه الاسلامى الشىء غير صالح للتعامل فيه اذا كانت طبيعته تأبى التعامل أو كان مالا غير متقوم او كان مالا متقوما غير مملوك لأحد . فالخمر والخنزير لا يجوز فيهما التعامل ، وكذا الطير فى الهواء والسمك فى الما فاذا صيد صار متقوما بالاحراز .

ويقابل فكرة النظام العام والآداب ، ما يسمى فى الفقه الإسلامى : حق الله أو حق الشرع ، وهو ما يتعلق به النفع من غير اختصاص بأحد . ويقابله حق العبد وهو ما تتعلق به مصلحة خاصة . وحق الله لا يجوز فيه العفو او الابراء او الصلح ، ولا يجوز الاتفاق على مخالفته وعلى ذلك تعتبر اتفاقات باطلة فى الفقه الاسلامى الاتفاق على الرشوة ، أو الوساطة أو النزول عن العقوبة العامة ، أو تعديل الحالة المدنية كالنزول عن البنوة ، ويبطل الاتفاق على تعديل حقوق الزوجين ، كالنزول عن حق الطلاق ، وكذا الاتفاق على النزول عن الحق فى الميراث أو التزام الاب باختيار دين معين لاولاده (١) .

---

(١) السنهورى : مصادر الحق - جـ ٣ - ص ٩٣ - ص ١٠٠ .

الفصل الخامس
السبب

٢٢٧ – سنقسم دراسة نظرية السبب الى مبحثين : الأول نعالج فيه نظرية السبب فى القوانين الحديثة ، والثانى نعالج فيه نظرية السبب فى الفقه الاسلامى . ويتعلق بنظرية السبب فى الفقه فكرة التصرف المجرد ويعالج معها عادة ، فنعالجه هنا جريا على المألوف .

المبحث الأول
نظرية السبب فى القوانين الحديثة

٢٢٨ – نصوص قانونية :

تناول التقنين المدنى المصرى أحكام السبب فى المادتين ١٣٦ و ١٣٧ .

فالمادة ١٣٦ تنص على أنه . " إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا " (١) .

---

(١) يقابل هذا النص فى التقنينات العربية الأخرى ، ما يلى من النصوص.
– فى القانون السورى : المادة ١٣٧ مدنى مطابقة .
– فى القانون الليبى : تنص المادة ١٣٦ مدنى على أنه . " اذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع كان العقد باطلا " .
– فى القانون العراقى : المادة ١/١٣٢ مدنى موافقة .

والمادة ١٣٧ تقضى بأن : " كل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سببا مشروعا ، ما لم يقم الدليل على غير ذلك " .

" ويعتبر السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك ، فاذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى ان للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه (١) .

– فى القانون اللبنانى : يأخذ فى المواد ١٩٥ – ١٩٨ (موجبات) بسبب الالتزام وهو السبب بالمعنى التقليدى ، وفى المادتين ٢٠٠ و ٢٠١ بسبب العقد وهو الباعث الدافع . ويبدو أن الأمر كذلك فى القانون المدنى الاردنى الذى تنص المادة ١٦٥ منه على أن : " السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد . ويجب ان يكون موجود أو صحيحا ومباحا غير مخالف للنظام العام أو الاداب " كما تنص المادة ١٦٦ منه على أنه " لايصح العقد اذا لم تكن فيه منفعة مشروعة لعاقديه . وتفترض فى العقود وجود هذه المنفعة المشروعة ما لم يقم الدليل على غير ذلك " .

(١) يقابل هذا النص فى التقنينات العربية الأخرى ، مايلى من النصوص :

– فى القانون السورى : المادة ١٣٧ مدنى مطابقة .

– فى القانون الليبى : المادة ١٣٨ مدنى مطابقة .

– فى القانون العراقى : المادة ١٣٢ / ٢ و ٣ مدنى موافقة . – وفى القانون اليمنى المادتان ١٩٣ و ١٩٤ مقاربة .

– فى القانون اللبنانى : المادة ١٩٩ موجبات وعقود موافقة .

وجاءت أحكام السبب فى تقنين الالتزامات والعقود المغربى فى الفصول التالية:

الفصل ٦٢ – " الالتزام الذى لا سبب له أو المبنى على سبب غير مشروع يعد كأن لم يكن ويكون السبب غير مشروع اذا كان مخالفا للأخلاق الحميدة أو النظام العام أو للقانون " . –

٢٢٩ – لم يثبت السبب كركن في العقد أو في الالتزام على معنى واحد دائما بل تغير معناه طبقا لحاجات التعامل من زمن الى آخر .

ففي عهد القانون الروماني لم يكن السبب بل ولا الارادة ذاتها مما يعنى به المشرع ، حيث كان الشكل يعني كل شيء ، ولما بدأت الارادة تظهر وتتحرر تدريجا من الشكل على أيدي الكنسيين بدأت تقترن بسببها وترتبط به ، لأنه عندما تظهر الارادة يظهر بالضرورة أنها لا تتجه الى غير غاية ، بل لابد وأن تكون لها غاية تقصدها . وهذه الغاية هي السبب في الاقدام على التصرف القانوني .

والسبب في التقنين المدني الفرنسي ، ومن قبله في كتابات دوما ثم بوتييه ، له معنى يختلف عما يقرره الفقه والقضاء الآن . فهناك اذن نظريتان في السبب : النظرية التقليدية ، والنظرية الحديثة .

- الفصل ٦٣ : " يفترض في كل التزام أن له سببا حقيقيا مشروعا ولو لم يذكر " .

الفصل ٦٤ : " يفترض أن السبب المذكور هو السبب الحقيقي حتى يثبت العكس " .

الفصل ٦٥ : " اذا ثبت أن السبب المذكور غير حقيقي أو غير مشروع كان على من يدعي ان للالتزام سببا آخر مشروعا أن يقيم الدليل عليه " .

وفي القانون الكويتي المواد ١٧٦ الى ١٧٨ موافقتان .

وفي القانون الجزائري المادتان ٩٧ و ٩٨ موافقتان .

وفي القانون التونسي المواد ٦٧ الى ٧٠ موافقة .

٢٣٠ – النظرية التقليدية فى السبب : تفرق النظرية التقليدية بين أنواع مختلفة من السبب : فهناك السبب الانشائى cause efficiente ويقصد به مصدر الالتزام سواء كان العقد أو العمل غير المشروع أو غير ذلك . وهناك السبب الدافع la cause impulsive وهو الباعث النفسى الذى حدا بالشخص الى أن يلتزم ، وقد يكون هذا الباعث غير مشروع ، وقد يكون مشروعا فمن يشترى دارا ليجعلها ناديا للقمار أو محلا للعهارة يكون الباعث له غير مشروع ومن يشتريها ليسكنها أو يؤجرها لمن يسكنها او يتخذها محلا للعمل يكون الباعث له مشروعا . والباعث بهذا المعنى شىء ذاتى أو شخصى subjectif يرتبط بالشخص لا بالعقد ، وهو شىء خارج عن العقد extrinseque وهو شىء متغير variable لا فى كل نوع من العقود عن غيره من الانواع بل يتغير فى النوع الواحد من العقود بحسب مقاصد المتعاقدين وأهدافهم (١) .

وهذا النوع من السبب لا تأثير له على وجود العقد فى نظر النظرية التقليدية . وهناك السبب القصدى la cause finale ، وهو الغرض المباشر الذى يسعى الملتزم الى تحقيقه . وصفاته عكس صفات السبب الدافع التى رأيناها ، فالسبب القصدى أمر موضوعى objectif لا تأثير عليه من نوايا المتعاقدين وهو أمر داخلى intrinseque فى العقد . وهو امر غير متغير invariable

---

(١) السنهورى : الوجيز : فقرة ١٧٤ – ص ١٦٤ .

فى النوع الواحد من العقود وهذا هو السبب الذى يعتبر ركنا فى الالتزام التعاقدى .

والسبب القصدى فى العقود الملزمة للجانبين هو التزام الطرف الآخر فى العقد ، فالسبب فى التزام البائع فى عقد البيع هو التزام المشترى بدفع الثمن ، وسبب التزام المشترى بأداء الثمن هو التزام البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه للمشترى . فكل من الالتزامين سبب ونتيجة للآخر (١) .

والسبب القصدى فى العقود الملزمة لجانب واحد اذا كانت من العقود العينية (كالوديعة قديما) هو تسلم الشىء عند التعاقد ، فسبب التزام المودع عنده برد الوديعة هو سبق تسلمه أياها . أما فى العقد الرضائى الملزم لجانب واحد (كالوعد بالبيع) فالسبب هو اتمام العقد النهائى .

والسبب القصدى فى عقود التبرع هو نية التبرع (٢) .

ويشترط أنصار النظرية التقليدية فى السبب ثلاثة شروط : أن يكون موجودا وأن يكون صحيحا وأن يكون مشروعا .

---

(١) كاربونييه : فقرة ٢٧ – ص ٩٢ ، ويل وتريه : فقرة ٢٥٥ – ص ٢٥٤ .

(٢) مازو : فقرة ٢٦٣ – ص ٢٠٨ .

وتعنى النظرية التقليدية بوجود السبب وجود التزام الطرف الآخر . فاذا لم يكن موجودا يبطل التصرف . ومثال السبب غير الموجود سند المجاملة effet de complaisance ، والاقرار بالمديونية الذى يوقعه شخص غير مدين مكرها عليه ، وعقد القرض الذى يوقعه المقترض على أن يتسلم مبلغ القرض ، ثم لا يسلمه الطرف الآخر ذلك المبلغ .

وتشترط النظرية التقليدية كذلك صحة السبب ، فلا يكون سببا موهوما ، أو مغلوطا أو صوريا . فالسبب الموهوم cause erronée مثاله ان يعتقد الوارث أن الدين واجب الأداء على المورث فيؤديه ، ثم يتضح أن المورث قام بسداده . والسبب الصورى يقع عادة فى تصرف ظاهر ويوجد سبب حقيقى غيره فى تصرف مستتر . فاذا كان السبب الحقيقى مشروعا يقوم الالتزام واذا كان السبب الحقيقى موهوما أو غير مشروع سقط الالتزام .

وتشترط النظرية التقليدية فى السبب أن يكون مشروعا أى غير مخالف للقانون وللنظام العام والآداب.ومشروعية السبب تختلف عن مشروعية المحل . فقد يكون أحدهما مشروعا والآخر غير مشروع . فاذا تعهد شخص بارتكاب جريمة لقاء مبلغ معين ، فالالتزام بمبلغ من النقود محله مشروع ولكن سببه غير مشروع . واذا تعهد شخص بعدم ارتكاب جريمة لقاء مبلغ معين . فمحل الالتزامين مشروع ، ولكن

سبب كل منهما غير مشروع . وعقد الوساطة فى الزواج سببه غير مشروع وان كان محله مشروعا (١) .

ومتى توافرت فى السبب شروطه عند التعاقد ، فإن النظرية التقليدية تقرر ضرورة بقائه الىأن يتم تنفيذ العقد ، فاذا انقطع وجوده قبل التنفيذ سقط الالتزام ، ولهذه المسألة أهمية فى العقود الملزمة للجانبين خصوصا فى المسائل التالية :

١ - إذا لم يقم أحد الطرفين بتنفيذ التزامه كان للآخر أن يمتنع عن تنفيذ التزامه ، ويسمى هذا : الدفع بعدم التنفيذ .

٢ - يحق للمتعاقد كذلك اذا لم ينفذ المتعاقد معه التزامه ، أن يطلب هو فسخ العقد ، وبذلك يزول التزامه .

٣ - اذا صار تنفيذ الالتزام مستحيلا لسبب أجنبى لا يرجع الى الملتزم به ، يسقط التزام الطرف الآخر ، وبذلك - يتحمل الطرف الأول نتيجة الاستحالة (٢) .

٢٣١ - نقد النظرية التقليدية : ينتقد بلانيول (٣) النظرية التقليدية من حيث أنها غير صحيحة ، وأنها غير مفيدة .

---

(١) السنهورى : الوجيز : فقرة ١٧٧ وما بعدها - ص ١٦٥ وما بعدها .
(٢) السنهورى : الوجيز : فقرة ١٧٦ - ص ١٦٥ .
(٣) بلانيول : مبادىء القانون المدنى : جـ ٢ - فقرة ١٠٣٧ .

فهى غير صحيحة من النواحى التالية : ترى النظرية التقليدية أن سبب التزام كل من الطرفين فى العقد الملزم للجانبين هو التزام الطرف الآخر ، ولما كان السبب يجب أن يسبق المسبب ، فان هناك استحالة منطقية فيما تدعيه النظرية التقليدية لأن التزامات الأطراف تنشأ فى وقت واحد . وترى النظرية التقليدية أن سبب الالتزام فى العقد العينى هو سبق تسليم العين محل الالتزام (كالوديعة) .

ولما كان التسليم هو مصدر العقد ، فان النظرية التقليدية تخلط السبب بالمصدر . أما عقود التبرع التى تقول النظرية التقليدية ان السبب فيها هو نية التبرع ، فإن نية التبرع هى نفسها ارادة التبرع وبذلك تخلط النظرية التقليدية السبب بالرضا .

والنظرية التقليدية غير مفيدة لأنه يمكن الاستغناء عنها فى العقود الملزمة للجانبين فى نظر بلانيول بفكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة ، فمصير كل من الالتزامين المتقابلين متوقف على مصير الأخر . أما العقود العينية ، فان انعدام التسليم لا يعنى انعدام السبب فحسب ، بل معناه انعدام العقد ذاته . وانعدام نية التبرع فى عقود التبرع لا يعنى انعدام السبب ، بل انعدام العقد اصلا .

٢٣٢ – النظرية الحديثة فى السبب : فى الوقت الذى انشغل فيه الفقه الفرنسى بتأييد أو تفنيد النظرية التقليدية ، كان القضاء الفرنسى يصنع النظرية الحديثة فى السبب : نظرية السبب بمعنى الباعث الدافع

الى التعاقد ، فهجر فكرة السبب بالمعنى التقليدى ، واعتبر الباعث الذى دفع الشخص الى الالتزام هو السبب ، ووضع له من الضوابط ما يكفل استقرار التعامل .

فالسبب بمعنى الباعث الدافع الى التعاقد يجب ان يكون سببا مشروعا ، أى لا يحرمه القانون ولا يتنافى مع النظام العام والآداب .

واذا كان السبب غير مشروع بطل العقد . وعلى ذلك يكون باطلا : عقد بيع دار أو تأجيرها ، إذا كان الغرض منه استغلالها للدعارة ، أو للمقامرة ، وعقد الهبة لخليلة لإيجاد علاقة غير مشروعة أو استمرارها أو اعادتها بعد انقطاعها .

والسبب بمعنى الباعث الدافع الى التعاقد معياره ذاتى ، أى ينظر فيه الى نوايا الملتزم ، ولما كان ذلك مؤديا الى عدم استقرار التعامل ، فقد وجب ان يكون ثمة ضابط لهذا الاستقرار " وهو وجوب ان يكون الطرف الآخر قد اتصل بالباعث غير المشروع (١) واتصاله به يقع بدرجات متفاوتة ، فهو قد لا يعلم اطلاقا بالسبب غير المشروع ، وقد يعلم به دون أن يساهم فيه أو يساهم فيه دون ان يتفق عليه ، أو يساهم ويتفق عليه مع الطرف الأول . فاذا افترضنا أن (أ و ب و جـ) اجتمعوا فى مكان للعب القمار ليلعب فيه أوب دون جـ . فاذا كان (أ)

(١) السنهورى : الوجيز : فقرة ١٨٩ - ص ١٧٤ .

قد اقترض من(جـ) مبلغا من المال قبل اجتماعهم فـى مكـان القمـار ، ولم يعلم (جـ) ان القرض يقصد به المقامرة ، فإن (جـ) لم يتصل بسـبب البطلان ، فلا ينبغى مفاجأته بابطال عقـده ، بـل يبقـى عقـده صـحيحـا .
واذا كان (جـ) قد أقرض المبلـغ عالمـا بـأن (أ) يقصـد المقـامرة بـه ، ولكن (جـ) لم يقصد بالقرض تمكينـه مـن المقـامرة ، فـإن (جـ) يتصـل بالسبب غير المشروع فى مرتبة العلم بـه ، وإذا كـان (جـ) قـد أقـرض (أ) لتمكينـه مـن المقـامرة لأنـه يسـترد مبلـغ القرض فـى النهايـة مـع الفوائـد الربويـة ، فإنـه يتصـل بـالغرض غـير المشـروع فـى مرتبـة المساهمة ، واذا أتفق الثلاثة على أن يقوم (جـ) باقراض (أ) للمقـامرة على أن يعطى (أ) إلى (جـ) كمبيالة مسـحوبة علـى (ب) بحيـث يدفـع (ب) قيمـة الكمبيالـة الـى (جـ) اذا خسـر (ب) المقـامرة ، فـان الثلاثـة يتصلون بالسبب غير المشروع فى أشد حالاته وهى مرتبة الاتفاق عليه.
وأى من الدرجات الثلاث الأخيرة : العلـم بالسـبب غـير المشـروع ، والمساهمة فيه ، والاتفاق عليه تعتبر اتصـالا بالسـبب غـير المشـروع ، ولذلك يكون العقد فيهـا بـاطلا . لأن الطرفيـن متصـلان بالسـبب غـير المشروع . أما اذا كان الباعث الذى دفع أحد الطرفين الى التعاقد باطلا ولم يعلم الطرف الآخر بذلك ، فان العقد يبقى صـحيحا .

٢٣٣ – الجمع بين النظرية التقليديـة والنظريـة الحديثـة : عنـد مستوى معين من التعميم يمكن الجمع بين النظريتين التقليدية والحديثـة، بحيـث تنحصـر الاختلافـات بينهمـا فيمـا دون هـذا المسـتوى . ذلـك أن السبب فى الحالتين يكمن خلف الرضا ، ويمثل مصلحـة للملـتزم ، فـإذا

أردنا أن نتبين وجود أو عدم وجود سبب فاننا ننظر إليه نظرة اجمالية عن كثب ، هى نظرة أصحاب النظرية التقليدية ، وإذا أردنا أن نتبين مشروعيته أو عدم مشروعيته ، فإننا ننظر اليه عن قرب فى نفسية الملتزم لنتبين لونه وتفاصيله كما تنظر اليه النظرية الحديثة . والنظرة الأولى تنصب على الالتزام ذاته لذلك كان ذلك السبب هو سبب الالتزام ، هو السبب المجرد الموضوعى المباشر الداخلى الذى لا يتغير فى النوع الواحد من العقود . ولأن النظرة الثانية تنصب على البحث فى نوايا المتعاقد لا فى مضمون العقد ، فان السبب فيها يكون على العكس : هو ذلك السبب الحقيقى ، الواقعى ، الذاتى ، الشخصى ، غير المباشر ، الخارج عن العقد ، والذى يختلف من شخص الى آخر فى النوع الواحد من العقود ، وهذا هو سبب العقد (١) ، وكلاهما لازم فى العلاقات التعاقدية .

ولما كانت نصوص التقنين المدنى تشترط وجود السبب ومشروعيته فان الفقه عادة يقرر أن شرط الوجود هو الأخذ بالسبب بالمعنى التقليدى ، وأن المشروعية تعنى الاخذ بالسبب بالمعنى الحديث (٢) ، وقد رأينا كيف يمكن الجمع بينهما . وقد قضت محكمة

---

(١) كاربونييه : فقرة ١٠٩ – ص ٣٧٣ ، انور سلطان : فقرة ١٦٨ ص ١٤٠ – ١٤١ .

(٢) سليمان مرقس : فقرة ١٤٩ – ص ١٥٣ – ص ١٥٤ ، الكزبرى : جـ ١ – فقرة ١٥٢ – ص ١٩٣ . بينما يرى السنهورى انه لا يوجد فى السبب شرط سوى أن يكون مشروعا : انظر الوجيز – فقرة ١٩٩ – ص ١٨٤ .

النقض فى ١٩٦٣/١٠/٢٤ (١) بما يفيد تصورها لاجتماع شرطى الوجود والمشروعية فى السبب وذلك بمناسبة هدايا الخطبة فقالت : الخطبة وان كانت تمهيدا للزواج وهو من مسائل الاحوال الشخصية الا ان الهدايا التى يقدمها أحد الخاطبين للآخر ومنها الشبكة ابان فترة الخطبة لا تعتبر من هذه المسائل لأنها ليست ركنا من أركان الزواج ولا شرطا من شروطه ومن ثم يكون النزاع بشأن هذه الهدايا بعيدا عن المساس بعقد الزواج ويخرج عن نطاق الاحوال الشخصية وتعتبر هذه الهدايا من قبيل الهبات ويسرى عليها ما يسرى على الهبة من احكام فى القانون المدنى ... والسبب ركن من أركان العقد فينظر فى توفره الى وقت انعقاد العقد فان انعقد صحيحا بتوفر سببه فانه لا يمكن ان يقال بعد ذلك بتخلف السبب بعد وجوده . فاذا كانت الخطبة هى السبب فى هذا النوع من الهبات (الشبكة) وذلك باعتبارها الباعث الدافع للتبرع فان فسخها لا يمكن ان يؤدى الى انعدام هذا السبب بعد ان تحقق " (٢) .

ويترتب على الاخذ بالنظرية الحديثة فى السبب ، وكذا فى عيوب الارادة أن الباعث يعتد به اذا وقع الغلط فيه ، ونفس هذا الباعث

---

(١) مجموعة النقض س ١٤ ص ٩٦٧ رقم ١٣٥ . وقضت بنفس المبدأ فى حكمها بتاريخ ٢٦ /١٩٧٤/٥ مجموعة النقض س ٢٥ ص ٩٤٨ رقم ١٥٦ .

(٢) ويتحفظ الدكتور عبدالفتاح عبدالباقى بعد أن ذكر هذين الحكمين قائلا : " وان امكن بطبيعة الحال الرجوع فيها اذا كان للرجوع مسوغ وفقا للقانون " – عبدالباقى : ص ٤٥٦ .

هو السبب فى النظرية الحديثة . فاذا نظرنا اليه من زاوية الغلط كان غلطا فى الباعث يجعل العقد قابلا للابطال ، واذا نظرنا إليه من زاوية السبب كان باعثا مغلوطا يجعل العقد باطلا . فهناك منطقة مشتركة بين نظريتى الغلط والسبب يتردد الجزاء عليها بين البطلان المطلق والبطلان النسبى وهى منطقة Le motif . وقد عالج التقنين المدنى المصرى هذه الحالة بأن استخلص هذه المنطقة المشتركة لصالح نظرية الغلط ، فأصبح جزاؤها القابلية للابطال (١) .

٢٣٤ – اثبات السبب : اذا ذكر السبب فى العقد ، اعتبر انه السبب الحقيقى . واذا ادعى المدين انه ليس السبب الحقيقى ، وأن هناك سببا حقيقيا غير مشروع ، كان عليه اثبات هذا السبب غير المشروع ، أو على الأقل أن يثبت أن السبب الموجود فى العقد صورى ، وبذلك يلقى عبء الاثبات على عاتق خصمه ليثبت السبب الحقيقى المشروع .

أما إذا لم يذكر سبب فى العقد ، فإن القانون يفترض افتراضا قابلا لاثبات العكس ان العقد له سبب حقيقى ومشروع . واذا ادعى المدين أن سبب العقد غير مشروع ، كان عليه اثبات ذلك بطرق الاثبات كافة بما فيها البينة والقرائن ، واثبات ان الدائن كان عالما بهذا السبب غير المشروع أو مساهما فيه أو متفقا عليه .

---

(١) السنهورى : الوجيز : ص ١١٧ – هامش رقم ١ .

المبحث الثانى
التصرف المجرد

٢٣٥ – تأبى العدالة أن يلتزم الانسان بالتزام ارادى ، إلا اذا اتجهت ارادته الى ذلك اتجاها صحيحا . فاذا لحق الارادة عيب ، بان انحرفت او أريد لها أن تنحرف عن طريق المشروعية أو تحقيق ما ينشده الملتزم فانه لا يكون من العدل ان يظل الشخص ملتزما بهذا الالتزام غير المشروع أو الذى لم يكن ليرتضيه لو اتجهت ارادته اتجاها سليما الى غايتها . وعلى هذه الفكرة بنيت نظرية السبب ونظرية عيوب الارادة ، لأن بطلان الالتزام أو قابليته للابطال تعتبر انتصارا لفكرة العدالة فى نطاق نظرية العقد ، وهذه الفكرة مقبولة ومستساغة بين أطراف العقد ، لأنهم يكونون فيه عرضة للمغانم والمغارم ، سواء من الناحية الاقتصادية او من الناحية القانونية .

ولكن عندما يتعلق الأمر بغير طرفى العقد ، أى يتعلق بشخص لم يشارك فى ابرام العقد ، وإنما تلقى بطريق قانونى حقا عن أحد اطرافه ، فان مباغتة هذا الشخص بدفوع لم يكن سببا فيها ، ولا علم له بها ولا سبيل الى ان يعلم بها ، امر يزعزع التعامل ويؤثر فى تداول الحقوق وانتقالها من ذمة الى ذمة ، وتعطيل أثر هذه الدفوع هو ما يعرف بتجريد التصرف ، والقصد منه المحافظة على استقرار التعامل . لذلك فان اعتبار العدالة ، يوجد فى الكفة الاخرى المقابلة له اعتبار المحافظة على استقرار التعامل ، ولاشك فى أن أحكام القانون

تكون مثالية لو أنها استطاعت ان تحقق التوازن والاستواء بين هاتين الكفتين.ويجرى الفقه عادة على تعريف التصرف المجرد بأنه التصرف الذى ينفصل عن سببه ، ويعالجونه عادة أثر نظرية السبب ، ونحن نعالجه ايضا فى هذا الموضع ، ولو أن معناه عندنا يختلف عما يجرى عليه الفقه . ولبيان فكرتنا عن التصرف المجرد ، نعرض أولا الأفكار الرئيسية المعروفة عنه للآن ، ثم نناقشها ، ثم نخلص من ذلك الى بيان رأينا فيه .

المطلب الأول
الأفكار المختلفة فى التجريد ومناقشتها

٢٣٦ – تنشأ كثير من التصرفات المجردة من خلال العرف ، خاصة فى المسائل التجارية ، وينشأ بعضها الآخر بواسطة نصوص تشريعية وتتردد الأفكار المختلفة فى التجريد بين جانبين فى التصرف : ما يتعلق بشكله ، وما يتعلق بموضوعه .

فالنظريات التى تنظر الى الشكل ، يمكن فيها تمييز اتجاهات ثلاث :

الأول : الاتجاه الى عدم اقرار التجريد الا حيث يكون التصرف شكليا .

والثانى : الاتجاه الى اعتبار التجريد هو مجرد افتراض السبب ، فتقتصر أهمية التجريد على نطاق الاثبات بحيث تكون دعوى الدائن مقبولة دون حاجة الى اثبات السبب .

والثالث : هو القول بأن التجريد يعنى تأخير الرجوع بالدفوع الى ما بعد الوفاء .

أما النظريات التى تنظر الى الموضوع فيمكن تمييز اتجاهين آخرين فيها.

الأول : هو فهم التجريد بمعنى فصل الالتزام عن سببه .
والثانى : هو فهمه بمعنى الوقوف عند الارادة الظاهرة دون الباطنة عند النظر فى صحة التصرف القانونى .

واليك بيان هذه الأفكار المختلفة :

أولا : النظريات الشكلية والاجرائية
١ - التصرف الشكلى

٢٣٧ - رأينا أن التصرف الشكلى كان موجودا فى القانون الرومانى ، وهو نوع من التصرف المجرد لأن الدفوع المتعلقة بمسائل باطنية كانت فيه مستبعدة تماما . كذلك رأينا فى القانون الكنسى نوعا

من التصرف المجرد هو : الوعد المعزز بالقسم ، وهو تصرف شكلى(١) .

الى جانب القانون الكنسى والقانون الرومانى نجد فى انجلترا تصرفا شكليا من نوع آخر : فالعقود عند الانجليز نوعان : عقود بسيطة simple contracts أو contracts by parol . وهذه قد تكون شفوية ، وقد تكون مكتوبة ، ويشترط أن يوجد فيها مقابل consideration لما يقدمه المتصرف ، وهذا المقابل يجب ان يكون حقيقيا (فلا يصح أن يكون مجرد نية التبرع أو أن يكون مجرد واجب اخلاقى) وأن يكون حاضرا ، وألا يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب. وهذا النوع من العقود هو القاعدة وما سواه استثناء . فاذا لم يكن للالتزام مقابل بهذا المعنى وجب أن يكون التصرف فى صورة deed وهذا النوع يكون دائما ثابتا بالكتابة وعليه خاتم الملتزم ، ولا يلزم فيه تدخل موظف عام ، ويسلمه المدين الى دائنه على أنه عمله وتصرفه الذى اراده . وهذا النوع من التصرفات لا يجوز الطعن فيه الا اذا كان مبنيا على سبب غير مشروع (٢) .

---

(١) انظر ما تقدم : فقرة ٧٠ .

(٢) ويبدو مما تذكره المراجع الانجليزية ان هذا النوع فى سبيله الى الانقراض أو التحور اذ انه لم يعد هناك فارق ملموس بينه وبين غيره من التصرفات المكتوبة ، وذلك رغم القاعدة الشهيرة القائلة consideration or deed ورغم ان القانون يشترط بالنسبة الى بعض العقود ان تكون مختومة under seal كما فى قانون الملكية الصادر عام ١٩٢٥ ، وكما هو الحال فى التعهدات التبرعية وعقود الشركات،والذى نتوقعه للتصرف المسمى deed -

ويرجع التصرف الشكلى فى القانون الانجليزى الى طابع ذلك القانون منذ تاريخه القديم ، ذلك أنه قانون نشأ عن الشكليات وتعقد الاجراءات أمام المحاكم ، ولم تكن القواعد الموضوعية فيه بنفس كثرة القواعد الاجرائية ولم يكن للقواعد الشكلية منطق قانونى تستجيب له ، ولذلك كانت القاعدة فيه منذ القدم هى remedies precede rights (١) . فالتوصل الى الحصول على الحق يأتى غالبا عن طريق قواعد اجرائية لا عن طريق قواعد موضوعية (٢) وقانون مثل

– من الانقراض او التحور نستنتجه من ان البصم بالختم كان وسيلة التصديق قديما فى أيام عزت فيها معرفة الكتابة ، وأن هذا الختم قد أصبح فى العمل كما أقره القانون الحديث مجرد عملية صورية ، وأن امضاء المتصرف قد أصبح لازما أكثر من لزوم ختمه فى بعض الحالات كما فى قانون الملكية الصادر سنة ١٩٢٥ (المادة ٧٣) . أما التسليم الى الطرف الأخر فان القانون يسمح الان باعتبار أى كلمات أو سلوك يصدر من الملتزم كافيا لالزامه ما دام قوى الدالة على رضاه ، حتى ولو لم يحصل التسليم الى الطرف الأخر ، ولا حتى مجرد اخباره بإتمام التصرف فى شكل deed أنظر فى هذا التطور

Salmond : & Williams . Principles of the law of contracts, London ١٩٤٤, p .٦٤

وفى رأينا أن تطور التصرف المسمى deed قد ينتهى به الى فكرة السند غير المسبب le billet non causé المعروفة فى القانون الفرنسى :

(١) انظر René David : Les grands systèmes de droit contemporain, Paris ١٩٧٢ , no . ٢٧٤, ٣٢٨ .

(٢) دافيد : المصدر السابق – الفقرتان ٢٨٨ – ٢٨٩ – ص ٣٤١ ص ٣٤٣ . ولكن مما لاشك فيه ان المنطق القانونى والمنهجية القانونية قد وجدت سبيلها الى القانون الانجليزى من خلال نهضته الحديثة بعد عام ١٨٣٢ ولذلك فان التقارب بين هذا القانون وبين قوانين القارة الاوربية مستمر .

هذا لا يستغرب أن توجد فى ظله كثير من الأشكال القانونية التى تستند الى اوضاع تاريخية أكثر مما تستند الى منطق قانونى .

ومما لاشك فيه ان الشكلية ما زالت موجودة فى نطاق بعض التصرفات المجردة (١) ، خاصة التصرفات المجردة فى نطاق القانون التجارى فى مختلف المناهج القانونية الموجودة الآن سواء فى عائلة القوانين الانجلوسكسونية أو فى مجموعة القوانين ذات الأصل الرومانى فالأوراق التجارية (الكمبيالة والسند الاذنى والسند للحامل والشيك) سندات ائتمان وأدوات وفاء مجردة يشترط فيها القانون شكلا معينا ، فيحتم ان تكون ثابتة بالكتابة ، وأن تتوافر فيها بيانات يحددها القانون . كذلك نجد فى نطاق أعمال البنوك تصرفات مجردة مثل خطاب الضمان (الضمانة المصرفية) وخطاب الاعتماد والنقل المصرفى ، وتكون ايضا ثابتة بالكتابة ، ومتضمنة بيانات جرى بها العرف التجارى .

وتعرف القوانين الجرمانية تصرفات مجردة فى صورة شكلية احيانا وبغير اشتراط للشكل احيانا اخرى . ومن التصرفات الشكلية فى القانون المدنى الالمانى الصورتان الشهيرتان : التعهد المجرد بالوفاء la promesse abstraite de payer والاعتراف المجرد بالدين : reconnaisssance de dette وهذا الأخير لا يخرج عن أن

(١) ولكن أغلب التصرفات الشكلية تصرفات مقيدة وليست مجردة .

يكون صورة أو حالة من حالات النوع الأول (١) وبذلك تسمح هذه القوانين الجرمانية للدائن ان يتفق مع المدين بواسطة تصرف شكلى على جعل التزامه بالدين أو اعترافه بالدين مجردا أى يبقى قائما ولو كان سببه غير مشروع أو غير موجود (٢) . ولو كانت هناك ارادة معيبة(٣) وليس للمدين إلا دعوى الاثراء ازاء الدائن لا ازاء الغير الذى قد ينتقل اليه الحق – اذا تبين ان التزامه لم يكن مبنيا على سبب صحيح ، فيتخلص بذلك من التزام موجود او يسترد ما دفعه وفاء لهذا الالتزام وتشترط المادة ٧٨٠ من القانون المدنى الالمانى لصحة الالتزام المجرد ان يكون فى ورقة مكتوبة ، إلا اذا كان تصفية لحساب أو عن صلح فلا يشترط الكتابة (٤) .

٢٣٨- ولكن هل يجب ان يكون التصرف المجرد دائما شكليا ؟

يرى بعض الفقهاء أن القانون قد تطلب لحماية المدين بالالتزام المجرد اتباع شكليات معينة يجعلها شرطا لصحة ذلك الالتزام ، بحيث اذا لم تتوافر هذه الشكليات يكون الالتزام باطلا(٥) .

---

(١) كابيتان : السبب فى الالتزامات – فقرة ١٧٣ .

(٢) السنهورى : فقرة ١٩٢ – ص ١٧٨ – ص ١٧٩ .

(٣) كابيتان : فقرة ١٩٢ .

(٤) السنهورى : الوجيز – ص ١٧٩ هامش رقم ١ . والكتابة مشترطة لحماية الشخص الذى ليست لديه خبرة ضد الخطر الذى قد ينطوى عليه مثل هذا التصرف (كابيتان فى نفس الموضع السابق) . ولكن القانون المدنى السويسرى لم يشترط الكتابة كما فعل القانون الالمانى (كابيتان : فقرة ١٧٤) .

(٥) عبدالحى حجازى: النظرية العامة للالتزام جـ١- القاهرة١٩٥٤-١٦٩.

ولكن تتبع التصرفات المجردة فى القوانين المدنية يؤدى الى القول بعكس هذا الرأى ، فالقانون المدنى يعرف تصرفات مجردة لا يشترط فيها الشكل . ومن أمثلة ذلك الانابة .

ان التصرف المجرد ليس الا رجوعا مهذبا الى التصرف الشكلى كلاهما يستجيب لعامل الاستقرار ، ولكن التصرف الشكلى يستجيب اليه فى جمعية بدائية ، ويستجيب اليه التصرف المجرد فى جمعية متحضرة (١) .

ومن ذلك يتضح لنا أنه ليس هناك تلازم حتمى بين الالتزام المجرد وبين الشكل (٢) ، فالشكل ليس هو المعيار الذى يتحدد به التصرف المجرد تحديدا جامعا مانعا . لذلك ومع التسليم بوجود بعض التصرفات المجردة الشكلية يجب البحث عن معيار آخر يحدد التصرف المجرد ويميزه .

---

(١) السنهورى : الوجيز – فقرة ١٩١ – ص ١٧٧ .

(٢) يقول دى باج فى كتابه : التصرف المجرد – ص ٤٣ .

" IL n'y a plus aucun rapport nécessaire entre l'obligation abstraite , un contrat solennel éxige pour sa validité , comme tout autre contrat , une cause . Et une obligation abstraite pourrait si le droit en admet la validité être constatée, aussi bien par acte sous seing privé , que paracte solennel .

٢ – نظرية التجريد الاجرائى

٢٣٩ – تذهب نظرية التجريد الاجرائى l'abstraction procédurale الىأن التجريد يجعل السبب مفترضا ، بمعنى ان دعوى الدائن تكون مقبولة فى مواجهة المدين دون حاجة الى اثبات السبب . قد يكون السبب غير مشروع ، ولكن لا يكلف الدائن بأن يثبت مشروعية سبب التزام مدينه ، وانما يكون على المدين أن يثبت عدم المشروعية (١) . فاذا استطاع المدين أن يثبت عدم مشروعية سبب الالتزام صار هذا الالتزام باطلا . وبهذا المعنى يفسر كابيتان المادة ١١١٢ مدنى فرنسى مستهديا فى ذلك باعتبارات تاريخية ، ومقربا بينها وبين المادتين ٧٨٠ و ٧٨١ من القانون الالمانى ، والمادة ١٧ من قانون الالتزامات السويسرى (٢) .

نظرية التجريد الاجرائى إذن تقيم قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس ، قرينة قانونية بسيطة على صحة السبب . أو بعبارة أخرى هى تحور سير الدعوى ، بأن تقلب عبء اثبات ركن السبب وتلقى به على عاتق المدين .

٢٤٠ – ولكن هل هذا هو التصرف المجرد ؟ وهل فى ذلك

---

(١) أبوعافية : فقرة ٣٢ – ص ١٢٢ ، عبدالحى حجازى . مذكرات فى سندات الائتمان المصرفية – القاهرة ١٩٥٥ – فقرة ٥٧ – ص ٤٧ .
(٢) كابيتان : فقرة ١٧٤ .

المحافظة بدرجة كافية على استقرار التعامل ، التى من أجلها يتبنى المشرع فكرة التصرف المجرد ؟

الواقع أن التجريد بهذا المعنى - ان صح أن يسمى تجريدا - لا نجد فيه ملامح التصرف المجرد ، ولا الآثار القانونية التى تترتب عليه .

أما أنه ليست فيه ملامح التصرف المجرد وقسماته ، فلأن التجريد يشرع عندما يكون هناك شخص يتأثر حقه بدفوع علاقة قانونية لم يكن أصلا طرفا فيها ، فالفرض أن هناك علاقة قانونية ثبت أو انتقل الحق الناشىء عنها بطريق قانونى الى شخص أجنبى عن هذه العلاقة ، ويرى المشرع أن هناك موجبا للمحافظة على حق مثل هذا الشخص ، لأن فى ذلك استقرارا للتعامل ، وتشجيعا للائتمان وانعاشا للاقتصاد ، وتحقيقا لكل ذلك يعطى المشرع قوة وفاعلية لحق هذا الشخص بأن يجعل حقه واجب الأداء أيا كان أمر العلاقة الأصلية التى انشأته . ولذلك فإن تحوير سير الدعوى بين الدائن والمدين اللذين يكونان طرفى التصرف لا يعطينا ملامح التصرف المجرد ، لأن مثل هذه العلاقة - مع التسليم بافتراض السبب فيها - لا موجب فيها للتجريد ، لأن الحق لم ينتقل عن أطرافها الى غيرهم (١) .

---

(١) حاول بعض الفقهاء تفسير التجريد بين أطراف العلاقة الأساسية فى الورقة التجارية بين الساحب أو المحرر وبين المستفيد بالقول بأن التجريد قائم فى حياة هذه الورقة سواء بين الحامل والموقعين كافة أو بين كل شخصين كانا -

وأما أنه ليست له الآثار القانونية التى تترتب على التصرف المجرد ، فذلك لأن التجريد ، وقد ظهر أن حكمته هى المحافظة على استقرار التعامل ، يجب أن يشمل كل وجه يؤثر على استقرار التعامل ، فلا يكفى أن يستبعد السبب وانما يجب ان تستبعد عيوب الارادة ، وأن تستبعد دفوع الانقضاء الخاصة بالعلاقة الأصلية .

لذلك لاتصلح نظرية التجريد الاجرائى معيارا للتصرف المجرد،

- طرفين فى علاقة واحدة تعاملا بسببها على الورقة التجارية . ولما كان ذلك مخالفا لأحكام الأوراق التجارية التى تجيز توجيه الدفوع كافة بين كل طرفين مباشرين فقط ، فقد حاول ان يتخلص من أثر التجريد بين الأطراف المباشرين بالقول بأن جواز الاحتجاج بالدفوع يقع بطريق المقاصة . " فالمدين الصرفى عليه دين صرفى يجب أداؤه " ولهذا المدين الصرفى فى ذمة دائنه الصرفى حق ناشىء من العلاقة الأصلية التى أدت الى انشاء العلاقة الصرفية ، وهذا الدين يجب كذلك أداؤه ، ومن ثم يستطيع المدين أن يقاصص هذا بذاك وينتهى الأمر الى تعطيل الحق الصرفى ، ونصل بهذه الطريقة الى نفس النتيجة التى كانت تترتب على الأخذ بالرأى العكسى الذى يرى وجوب قصر تجريد الالتزام الصرفى على علاقة المدين بالغير الحامل دون علاقته بالمستفيد الأول . (أنظر . عبدالحى حجازى . مذكرات فى سندات الائتمان – فقرة ٦٠ – ص ٥١) . والواقع أن هذا الرأى قد وقع فى التناقض بقوله أن التجريد موجود بين طرفين مباشرين ، ولكن آثاره بينهما غير موجودة . ثم إذا أمكن تصور فكرة المقاصة فى العقود الملزمة للجانبين حيث يكون كل من الطرفين ملتزما ، فما الحكم اذا كانت الورقة التجارية قد أعطيت على سبيل التبرع . هل يبقى التجريد ولا تتم المقاصة ؟ وفى نطاق العقود الملزمة للجانبين أليس الأفضل القول بأن جواز الاحتجاج بالدفوع لا يرجع الى قيام التجريد والمقاصة وانما يرجع الى الارتباط بين الالتزامات المتقابلة الأمر الذى يسوغ المدين ان يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أو بالفسخ حسب الأحوال .

بل نستطيع أن نقول أنها لا تمت بصلة الى التصرف المجرد بمعناه الصحيح . ويجب لذلك البحث عن معيار آخر لهذا التصرف .

٣- تأخير الوجوع الى ما بعد الوفاء

٢٤١ - يعتز الفقيه البلجيكى دى باج ، بالفكرة التى تضمنها قانون الكمبيالة فى بلجيكا عن التجريد ، ومؤداها أنه لا يجوز للمسحوب عليه القابل الاحتجاج بدفوعه حتى تاريخ الاستحقاق ولو كان ذلك فى مواجهة الساحب . أما بعد الاستحقاق فيجوز الرجوع بدفوعه على الساحب فى صورة دعوى الاثراء بلا سبب ، ويعبرون عن ذلك بقولهم ادفع ثم طالب : Payez d'abord, reclamez ensuite ويرى دى باج ان هذه الفكرة أقرب الى المنطق وأكثر اتفاقا مع الاعتبارات التاريخية (١) .

. ففيما بين المسحوب عليه والحامل لا يجوز الاحتجاج بعدم وجود السبب (أى مقابل الوفاء) ، ولا بعيوب الارادة المتعلقة بالعلاقة الأصلية وبالسند الصرفى ، ولا بالسبب غير المشروع ولا بالابراء ، أما فيما بين المسحوب عليه والساحب ، فلا يجوز الاحتجاج بانعدام السبب ، ويجوز الاحتجاج بعيوب السند ذاته وعيوب الارادة الخاصة به ونقص الأهلية والسبب غير المشروع والمقاصة واتحاد الذمة والابراء .

---

(١) دى باج : ص ٥٥ .

هذا قبل تاريخ الاستحقاق ، أما بعد هذا التاريخ فيكون للمسحوب عليه الاحتجاج بالدفوع كافة بأن يرجع بدعوى الاثراء بلا سبب على الساحب وهذه الفكرة لا تضر المدين فى نظر دى باج ، لأنها لا تحرمه من الرجوع بالسبب ، وإنما هى تؤخر هذا الرجوع فقط (١) . ولكونها تتعلق بكيفية إقامة الدعوى فهى تعد من النظريات الاجرائية أو الشكلية، وذلك بالمقابلة للاتجاهات أو النظريات الموضوعية .

وللتجريد بهذا المعنى فائدتان عمليتان :

الأولى : أنه يمكن بواسطته تدعيم دين سابق .

والثانية : تأمين أو ضمان الوفاء فى تاريخ الاستحقاق (٢) .

٢٤٢ – هذه هى فكرة دى باج كما يعرضها فى كتابه عن الالتزام المجرد فى القانون الداخلى وفى القانون المقارن .

وأول ما يؤخذ على هذه الفكرة هو أنها تقر بوجود التجريد فى علاقة الأطراف المباشرين مثل الساحب والمسحوب عليه فى الكمبيالة، فهذه علاقة لا تتوافر فيها الحكمة والعلة التى شرع من أجلها التجريد ، وهى المحافظة على استقرار التعامل .

---

(١) دى باج : ص ١٦٧ – ص ١٦٨ .

(٢) دى باج : ص ١٦٤ .

والرجوع على الحامل غير متصور لا قبل الوفاء ولا بعده لأن الحامل اذا كان حسن النية فلا رجوع عليه اطلاقا ، وإذا كان سيء النية فلا يوفى اليه أصلا لذلك فإن فكرة تأخير الرجوع الى ما بعد الوفاء ليست بالدقة المنشودة لتحديد التصرف المجرد .

ثانيا : النظريات الموضوعية فى التصرف المجرد

١ - نظرية التجريد بفصل الالتزام عن سببه

٢٤٣ - التصرف المجرد فى مؤلفات القانون المدنى بصفة عامة هو الإلتزام الصحيح بصرف النظر عن سببه (١) .

ومعنى السبب الذى ينفصل عن الإلتزام أو الذى ينفصل عنه الإلتزام يختلف من بلد لآخر ففى فرنسا رأينا النظريتين التقليدية والحديثة . ولا داعى لتكرارهما .

وفى إيطاليا يقصد بالسبب الوظيفة القانونية للتصرف أو الغرض الاقتصادى القانونى الذى يعترف به القانون ويحميه . ففى البيع يكون السبب تبادل الشيء بالثمن ، وفى الهبة يكون نية التخلى عن مال

---

(١) بلانيول وريبير واسمان : فقرة ٢٥٠ ــ ص ٣١٨ ؛ السنهورى : الوسيط جـ ١ ـ فقرة ٢٨٨ ص ٤٦٨ ؛ سليمان مرقس ؛ فقرة ١٥٣ ـ ص ١٥٧ ؛ أحمد حشمت أبو ستيت جـ ١ ــ فقرة ٢٢٣ ــ ص ٢١٨ ، عبدالحى حجازى ، جـ ١ ـ ص ١٦٧ ـ ص ١٦٩ ، عبدالفتاح عبدالباقى : فقرة ٢١٨ ص ٤٦٠ .

خاص بلا مقابل بقصد التبرع للموهوب له . ويختلف السبب بهذا المعنى عن السبب في النظريتين الفرنسيتين اللتين تنظران إليه باعتباره مكملا للإرادة الخاصة ، فالسبب عند الإيطاليين عنصر مادى خارجي مرتبط بإرادة القانون بعيد كل البعد عن النوايا التى يراد تحقيقها فى المحيط النفسى الشخصى (١) . وهذه النظرية تضفى الطابع الاجتماعى على السبب Socialise la cause فالحرية التعاقدية لم تتقرر للأطراف فى العقد إلا لانقاذ مصالح جديرة بالحماية فى نظر القانون ، وبذلك تستبعد العقود التى تتوخى أغراضا عديمة النفع أو الجدوى من الناحية الاجتماعية (٢) .

وفى ألمانيا يعرف السبب الذى يتجرد عنه التصرف بأنه سبب الإضافة إلى الذمة ، ويشبه هذا السبب عندهم فكرة السبب فى الاثراء فيما عدا أن السبب فى الأثراء يمكن أن ينشأ عن واقعة مادية غير أرادية ، بينما سبب الإضافة إلى الذمة هو الغرض المباشر فى العمل الارادى المشروع الصادر من جانب المضيف (المفتقر فى الأثراء) . ورغم غرابة هذا التعريف على الفقه اللاتينى إلا أنه فى الحقيقة لا يختلف كثيرا عن السبب القصدى فى النظرية التقليدية الفرنسية ، فهو الغرض المباشر الذى يبغيه الملتزم من التزامه (٣) . بيد أنه يختلف عن السبب القصدى فى أنه يخرج من دائرته التصرفات التى

---

(١) أوعافية : فقرة ٣٦ .

(٢) كاربونييه : فقرة ١١٣ ـ ص ٣٨٤ .

(٣) السنهورى : الوجيز ـ ص ١٧٨ هامش رقم ١ .

لا تتضمن أضافة إلى الذمة كالوكالة والوديعة ، كما أنه يشمل إلى جانب التصرفات التى تتضمن أضافة إلى الذمة ، الأعمال المادية التى لها نفس النتيجة " أى الإضافة إلى الذمة " مثل الفضالة (١) .

٢٤٤ – وهذه الأفكار المختلفة عن السبب لا تصلح أن تكون مقياسا للتصرف المجرد ففكرة السبب القصدى (فى النظرية التقليدية) ــ ومعها فكرة سبب الإضافة إلى الذمة الألمانية ــ بعيدة عن أن تكون معيار تجريد التصرف ،لأن التجريد يشمل ما هو أهم من ذلك ، يشمل عدم مشروعية السبب وعيوب الإرادة لأن الخطورة على استقرار التعامل تبدو اوضح فى هذا النطاق .

وفكرة الباعث الدافع لا تصلح كذلك معيارا للتصرف المجرد ، لأنها أضيق من اللازم . فالتجريد لا ينصب على الباعث الدافع وحده ، بل ينصب كذلك على عيوب الإرادة ، وما دام المقصود بالتجريد ضمان قدر من الاستقرار للمعاملات ، فإن الحكمة من فصل التصرف عن سببه تتحقق فى فصله عن عيوب الإرادة المتعلقة به . ولذلك ففكرة الباعث الدافع من هذه الناحية أضيق من اللازم .

أما عن السبب بمعنى الوظيفة الاقتصادية الاجتماعية للتصرف La fonction economico-sociale المعروفة فى الفقه الايطالى ،

---

(١) أبو عافيه : فقرة ٤٣ .

فلا يتصور أن يتناول التجريد مثل هذا السبب ، لأن التصرف إذا تجرد عن الوظيفة القانونية المنوطة به فقد السبب الذى يبرر حمايته القانونية ، وفقد بالتالى كيانه ووجوده ، وقد حاول بعض انصار تلك النظرية تقويم هذا الوضع ، فقالوا أن التصرف فى هذه الحالة يتخذ شكلا قانونيا يستحق به حماية القانون . وهو تقويم واضح الخطأ لأنه يربط التجريد بالشكلية (١) . ومن ناحية أخرى فإن محاربة العقود غير المنتجة وغير المفيدة اجتماعيا أمر يتعلق بالمحل أكثر مما يتعلق بالسبب (٢) .

ولفكرة سبب الإضافة إلى الذمة مثالب أخرى ، هى أنها تتخذ وسيلة لاعادة التوازن إلى ذمة المفتقر الذى لم يستطع أن يبطل التصرف لكونه مجردا . فيسمح لهذا المفتقر بان يثبت انعدام سبب الإضافة إلى الذمة ويستخدم دفع الإثراء بلا سبب لتعطيل دعوى الدائن المبنية على المطالبة بتنفيذ التصرف . ومعنى هذا أن التجريد قائم فى العلاقة فيما بين المتعاقدين وأنه أيضا غير قائم فى تلك العلاقة ، قائم لأنهم يقولون أن التصرف مجرد ، وغير قائم لأن التجريد يمكن تعطيل أثره باستخدام دفع الاثراء بلا سبب . والنتيجة أنه لا تجريد فيما بين المتعاقدين .

وقد كان يمكن أن يصلوا إلى هذه النتيجة بدون هذا الدوران

---

(١) أبوعافية : فقرة ٣٧ .
(٢) كاربونييه : فقرة ١١٣ ــ ص ٣٨٤ .

المتناقض حول أفكار لا تمت بصلة إلى المسألة . ومع ذلك فإن أنصار فكرة الإضافة إلى الذمة يرون فيها فائدة أخرى هى أن الخلف الخاص للمتعاقد يكون بمنأى عن احتجاج المدين ضده بدفع الاثراء ، لأن اثراءه قائم على سبب (١) . والحقيقة أن حماية الخلف الخاص لا تستند إلى فكرة الاثراء ، وإنما تستند إلى فكرة التجريد ذاتها ، إذ لا يستفيد من التجريد إلا الغير الذى لا يجوز الاحتجاج ضده بدفوع علاقة لم يكن طرفا فيها . والخلف الخاص يعتبر كذلك بالنسبة لعلاقة سلفه بالمتعاقد معه .

وفكرة السبب معروفة أيضا فى القانون الأنجليزى بمعنى السبب القصدى ويسمونه المقابل consideration كما تقدم . ويشترطون فى المقابل بهذا المعنى أن يكون حقيقيا حاضرا غير مخالف للنظام العام أو الآداب ، فإذا لم تتوافر هذه الشروط وجب أن يكون التصرف فى شكل ديد deed . وفى قانون الصرف الانجليزى يشترط أيضا أن يكون للكمبيالة مقابل ، ولا يشترط أن تفرغ فى القالب الشكلى المسمى " deed " ولكن يشترط فيها الكتابة ، وبذلك لا تنشأ دعوى لصالح المستفيد عن الكمبيالة المقبولة التى أصدرت تنفيذا لهبة أو التزام طبيعى أو دين قمار لعدم وجود المقابل ، ولكن يخفف من ذلك أنه يفترض وجود مقابل الوفاء فى مواجهة كل موقع على الكمبيالة ، وأنه يمكن أن يكون المقابل فى الورقة التجارية دينا سابقا past consideration

---

(١) السنهورى : فقرة ١٩١ ـ ص ١٧٧ ـ ص ١٧٩ هامش رقم ١ .

وأنه لا يجوز الاحتجاج بانعدام المقابل أو عدم مشروعيته بين الأطراف المباشرين remote parties ، وإنما يجوز الاحتجاج به بين الأطراف المباشرين ، وأن فقدان الرجوع بالحق الصرفي بالتقادم أو السقوط يستتبع انقضاء العلاقة الأصلية (١) .

ولكن الملاحظ بصفة عامة أن الانجليز لا يعرفون تجريد الإلتزام بفصل سببه عنه . وإنما بافراغه في شكل معين كما سبق بيانه .

٢ - نظرية التصرف المجرد من الإرادة الباطنة

٢٤٥ - تذهب هذه النظرية إلى تعريف التصرف المجرد بأنه: التصرف القانوني الذى تتوقف صحته على التعبير عن الإرادة بغض النظر عن الإرادة الحقيقية (٢) .

ويفسر ذلك بأنه : " التصرف الذى يقوم صحيحا حتى ولو كان صوريا ، أو كان مع تحفظ ذهني ، او كان صادرا على سبيل المزاح

---

(١) دى باج : ص ١٣٥ ـ ص ١٤١ .

(٢) أبوعافية : فقرة ٨١ ، ويعرف دى باج الإلتزام المجرد بنحو ذلك فيقول في كتابة سالف الذكر ـ ص ٢٩ :

" L' obligation abstraite est donc celle qui existe "
qui vaut par la seule volonté de celui qui s'oblige "

او المجاملة ، او تحت تأثير الغلط او الاكراه أو التدليس " (١) . فالقانون يتطلب فى مضمون التعبير عن الإرادة : " أن يكون مشروعا ممكنا ، وإلا كان التعبير باطلا ، ولا فرق فى ذلك بين التصرف المجرد والتصرف المقيد ، فقد رأينا .. أن التصرف المجرد يعتبر باطلا بطلانا مطلقا إذا كان مضمونه يشمل محلا أو غرضا غير مشروع غاية ما فى الأمر أنه فى التصرف المجرد لا يسمح بتجاوز التعبير عن الإرادة للبحث عن توفر هذا الشرط فى مضمون الإرادة الحقيقيه ، فإذا كان التصرف المجرد يخفى فى الحقيقة غرضا غير مشروع فإنه يظل صحيحا ما دام لايحمل اشارة إلى هذا الغرض" (٢).

وتلاحظ هذه النظرية أن التجريد ليس مطلقا فى جميع الحالات بل نجده بالنسبة إلى السند الواحد يعمل فى بعض الحالات ويتعطل فى بعضها الآخر ومن ذلك فى الإوراق التجارية مثلا امتناع تطبيق قاعدة عدم سريان الدفوع فى مواجهة المتعاقد المباشر وخلفه سىء النية . وتحاول النظرية معالجة هذا الوضع بوسائل غير تعاقدية هى : بالنسبة لامتناع التجريد فيما يتعلق بحق المتعاقد المباشر تكون الوسيلة تمسك المدين بدفع الأثراء بلا سبب أى بالدفع بأن التصرف القانونى الذى أضيف الاثراء بمقتضاه باطل . وإذ كان هذا التصرف صحيحا بمقتضى التجريد ، فقد نقلت النظرية الينا الحل الذى ياخذ به الفقه الألمانى فى هذه المسألة وهو أن :

---

(١) أبوعافية : فقرة ٨١ ــ ص ٢٧٩ .
(٢) أبوعافية : فقرة ٨٢ ــ ص ٢٨٠ .

" التعبير المجرد عن الإرادة لا يعتبر صحيحا الا خروجا على القواعد العامة المتعلقة بصحة التصرف القانونى ولكن هذا الخروج على القواعد العامة لا يتعدى أثره نطاق قانون التصرفات . ففى هذا النطاق يترتب عليه منع المدين من طلب البطلان اما فى خارج نطاق قانون التصرفات فيسمح للمدين بان يتجاوز التعبير عن الإرادة وان يعيد بناء التصرف القانونى وفقا لمضمونه الحقيقى ، أى وفقا للعلاقة الاساسية التى أدت إلى صدور التعبير ، فإذا نجح فى ذلك فلا تحول صحة التعبير المجرد دون التمسك بمبدأ الاثراء " (١) .

اما بالنسبة إلى امتناع التجريد فيما يتعلق بحق الخلف سىء النية فإن الوسيلة إلى تعليل ذلك هى دفع الدين بالغش الذى صيغ فى المادة ١٧ من قانون جنيف الموحد فى قولها " لا يجوز لمن اقيمت عليهم دعاوى بمقتضى الكمبيالة الاحتجاج على الحامل بالدفوع المبنية على علاقاتهم الشخصية بالساحب أو بالحاملين السابقين إلا إذا كان الحامل وقت حصوله على الكمبيالة قد تعمد العمل على مضارة المدين وتؤسس النظرية الدفع بالغش على المسئولية التقصيريه (٢) وتفرق بعد ذلك بين الغش والتدليس بقولها أن الاول يدفع به الحالات التى يستعمل فيها حق مطابق للقانون استعمالا منافيا لحسن النية أما الثانى فيتكون من المناورات الاحتيالية التى تعمل بقصد دفع شخص

---

(١) ابوعافية : فقرة ٧٣ ـ ص ٢٤٨ ـ ٢٤٩ .

(٢) ابوعافية : فقرة ٧٤ ص ٢٥٢ ـ ٢٥٤ .

الى ابرام تصرف قانونى (١) .

٢٤٦ – هذه النظرية تتلافى النقد الذى وجهناه إلى السبب بمعنى الباعث الدافع كمعيار للتجريد ، لأنها أضافت عيوب الإرادة إلى السبب وجعلت التجريد شاملا لهما ، إلا أننا نأخذ عليها مايأتى .

أن الالتجاء إلى الوسائل غير التعاقدية من اثراء بلا سبب إلى مسئولية تقصيرية لمعالجة خروج بعض جوانب التصرفات المجردة من نطاق التجريد ، بعد أن اخفقت النظرية فى جعل التجريد يشملها هذا التحايل غير جائزفى نظرنا لأن معيار التجريد الدقيق يمكن أن يحدد نطاق الدفوع التى لا يجوز الاحتجاج بها ، ويمكن أيضا ان يحتوى على ضابط لما يجوز توجيهه من الدفوع وسنرى ذلك عندما نقدم رأينا فى الموضوع فى المطلب التالى .

ومن ناحية أخرى فإن التدليس الدافع إلى التعاقد أخطر أثرا فى حق المدين من الغش الذى يكاد يندرج تحت فكرة التعسف فى استعمال الحق.ومن الخطأ كما هو ظاهر أن نغتفر للدائن مناوراته الاحتيالية التى خدع بها المدين بحجة أن التزام المدين قبله مجرد بينما نؤاخذه على مجرد تعسفه فى استعمال حقه ، أن تطبيق فكرة التعسف والغش يؤدى إلى تضارب فى الأفكار التى تسوقها النظرية ومن ناحية ثالثة ، فإن تجريد التصرف لا يقتصر على السبب وعيوب الإرادة وإنما يشمل دفوعا أخرى سنراها فى المطلب التالى .

---

(١) ابوعافية : ص ٢٥١ ـ هامش رقم ٦ .

المطلب الثانى
فكرتنا الخاصة عن التصرف المجرد

٢٤٧ – يجب أن يتوافر فى المعيار المحدِّد للتصرف المجرد استيعابه للحالات المعروفة فى القانون الخاص سواء كان قد جرى بها نص من تشريع او استقر عليها عرف . ولا يكفى مجرد اعطاء تصور نظرى او رأى فلسفى لا ينطبق على الحالات العملية المعروفة .

ونحن نرى ان نعرف تجريد التصرف بنتيجته المنشودة منه . وغاية التجريد ونتيجته هى منع الاحتجاج ببعض الدفوع فى مواجهة بعض الاشخاص (١) . فإذا تساءلنا ما هو التصرف المجرد كان الجواب : هو التصرف الذى لا يجوز فيه الاحتجاج ببعض الدفوع فى مواجهة بعض الاشخاص .

ولكن إلى هنا لم تحل المشكلة ، وانما انتقلت إلى تساؤل أخر

---

(١) يلاحظ الفقهاء عادة ظاهرة اقتران عدم جواز الاحتجاج بالدفوع مع التجريد ولكن يفرق بينهما دى باج على أساس أن التجريد يقتصر على علاقة أحد أطراف التصرف مع الغير فيعمل فى نطاقها اما بين الاطراف المباشرين فلا يكون تجريد وإنما عدم جواز الاحتجاج بالدفوع ، ولكنه يسلم مع ذلك بان التجريد ينتهى إلى عدم جواز الاحتجاج بالدفوع ، ويقول فى ص ٥٣ من مؤلفه سالف الذكر :

" Mais ce qui est exacte.c'est que la règle ne joue que si destiers sont en cause, il n'ya pas obligation abstraite entre parties " .

وما هى الدفوع التى لا يجوز الاحتجاج بها ؟ ومن هم الاشخاص الذين لا يجوز فى مواجهتهم استخدام تلك الدفوع ؟

٢٤٨ – قد يتولى المشرع بنفسه هذا التحديد ، فلا تكون هناك مشكلة ، مثال ذلك عقد الصلح ، فقد حدد نطاق الدفوع التى تستبعد بأنها الغلط فى القانون والغبن (ما لم يكن أساسه وجود تدليس) ولكن فى كثير من الأحيان لا يحدد المشرع تلك الدفوع تفصيلا ، وفى الحالات التى ينشأ فيها التصرف المجرد بقوة العرف يحتاج الأمر ايضا إلى تأصيل وتحديد . وطريقة تحديد الدفوع والاشخاص عندنا ، تأتى بالإلتجاء إلى الحكمة التى من اجلها شرع تجريد التصرف . فالتجريد فى القانون الحديث يقوم على المحافظة على استقرار المعاملات ، ومما يخل بهذا الأستقرار ويهدم الثقة جواز مفاجأة من لم يكن طرفا فى علاقة بالدفوع الناشئة عن تلك العلاقة .

وبناء على هذه الحكمة نستطيع ان نحدد ان من يعمل التجريد فيما بينهم هم أطراف العلاقة والغير الذى يتلقى حقا ناشئا عن تلك العلاقة (١) فهذا الغير هو الجدير بالحماية القانونية . ولكن يشترط فى الغير هنا ان يكون حسن النية أى لم يتصل بالعيب الموجود فى العلاقة الأصلية بوجه ما . وتتفاوت درجة الاتصال شدة وتوثقا بين مراتب

---

(١) يقرب من هذا الراى : سليمان مرقس : أصول التزامات جـ ١ ـ طبعة ١٩٦٠ فقرة ١٦٩ ـ ٢٢٢ .

مختلفة كما رأينا فى نظرية السبب هى : العلم والمساهمة والاتفاق . وإذا لم يحدد المشرع مرتبة معينة لاتصال الغير بعيوب العلاقة القانونية ، فإن أدنى المراتب تكفى فى حقه دليلا على سوء النية ، وهى مرتبة العلم بالعيب . وبذلك يكون الغير حسن النية الذى يمتنع توجيه الدفوع إليه هو الغير الذى لا يعلم بتلك الدفوع ، وسىء النية هو الذى يعلم بها .

والمقصود بالغير هنا هو الدائن والخلف الخاص الذى يتلقى الحق عن العلاقة القانونية أو عن أحد اطرافها ، ثم من يخلف هذا الدائن أو الخلف فى حقه ، وهكذا بالتسلسل ، كالمستفيد والمظهر إليهم والحامل فى الكمبيالة ، وكالمناب لديه فى الانابة (١) .

٢٤٩ - ويترتب على ذلك أنه فيما بين المتعاقدين فى عقد واحد لا يكون هناك تجريد (٢) لأن حكمة التجريد أقل ظهورا ، ومع ذلك فإن المشرع يحرص على الموازنة بين احترام الإرادة الحقيقية وبين استقرار التعامل ، ومن أجل إيجاد التوازن فى داخل العلاقة

---

(١) قضت محكمة النقض المصرية بأنه ليس من الضرورى أن يكون المناب لديه طرفا فى الاتفاق الذى يتم بين المنيب والمناب ، بل يكفى قبول الانابة وليس لهذا القبول شكل خاص ولا وقت معين ، بل يكفى لقيام الانابة أن يقبلها المناب لديه فى أى وقت مادام لم يحصل العدول عنها من طرفيها ــ نقض مدنى ١٢ فبراير ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ ـ٢٠ ـ ١٤٣ .

(٢) أنظر : دى باج : ص ٥٣ ، وقارن السنهورى : الوجيز ــ فقرة ١٩١ ـ ص ١٧٧ .

القانونية بين المتعاقدين لا يسمح بأن يحتج بعيوب الإرادة او ببطلان السبب من احد الطرفين ، إلا إذا كان الطرف الآخر قد اتصل بذلك العيب بأن علم به أو ساهم فيه او اتفق عليه ، ويتصل به كذلك إذا كان من السهل عليه أن يتبينه فلم يفعل . فإذا لم يتحقق شيء من ذلك كان المتعاقد حسن النية ويستفيد بميزة جزئية من التجريد هي بقاء العقد صحيحا رغم ذلك العيب .ولكن ذلك لا يحملنا على القول بأن ثمة تجريد بين هذين لأن التجريد لا يكون منحصرا في نطاق عيوب الارادة وعدم مشروعية السبب ، وإنما يشمل دفوعا أخرى سيأتي بيانها بعد قليل ، ومن ناحية أخرى يختلف موقف الغير الذي يستفيد من التجريد عن موقف المتعاقد حسن النية في أن المتعاقد يؤاخذ على عدم علمه بالعيب إذا كان من السهل عليه أن يتبينه ، اما الغير في التجريد ، فلابد أن يكون قد علم بالعيب فعلا حتى يفقد ميزة التجريد . أما إذا سهل عليه تبينه فلم يتبينه فلا مأخذ عليه في ذلك . ومع ذلك قد يضيف المشرع إلى اشتراط علم الغير في التصرف المجرد قصد الاضرار بالمدين ، وبذلك يزيد الفوارق بينه وبين المتعاقد حسن النية ومن ذلك ما نصت عليه المادة ١٧ من قانون جنيف الموحد في شأن الكمبيالة من أنه لا يجوز لمن أقيمت عليهم دعاوى بمقتضى الكمبيالة الاحتجاج على الحامل بالدفوع المبنية على علاقتهم الشخصية بالساحب ، أوبالحاملين السابقين إلا إذا كان الحامل وقت حصوله على الكمبيالة قد تعمد العمل على مضارة المدين .

٢٥٠ – وبهذا يسهل علينا استبعاد الاستعانة بالأنظمة القانونية

خارج نظرية العقد مثل الأثراء بلا سبب أو المسئولية التقصيرية أو التعسف فى إستعمال الحق لمعالجة مايترتب من آثار متوهمة نتيجة القول بالتجريد فيما بين المتعاقدين وذلك لأننا على العكس ننفى التجريد فيما بين المتعاقدين ونقصره على الغير الذى يتلقى من التصرف أو من أحد أطراف التصرف حقا إذا كان ذلك الغير حسن النية ، اما إذا كان سىء النية فإنه لا يصبح من الغير جديرا بالحماية القانونية من الدفوع وإنما يأخذ حكم الطرف المباشر الذى يجوز توجيه تلك الدفوع إليه .

هذا عن الأشخاص الذين يستفيدون من تجريد التصرف والذين لا يستفيدون من ذلك .

٢٥١ - بقى أن نحدد الدفوع التى لا يجوز توجيهها إلى الغير والدفوع التى يجوز توجيهها إليه . وهذه الدفوع تتحدد فى نظرنا أيضا عن طريق الحكمة من التصرف المجرد فما دام المقصود هو حماية الغير حسن النية من مفاجآت الدفوع التى لا يعلمها والتى يعتبر الاحتجاج عليه بها مساسا بأستقرار التعامل ، فإن هذه الدفوع يمكن أن نحددها على النحو التالى :

١ - الدفع بعدم مشروعية سبب التصرف أو بوجود تحفظ ذهنى .
٢ - الدفع بعدم وجود مقابل للإلتزام .
٣ - الدفع بأن السبب صورى .

٤ - الدفع بعيب من عيوب الإرادة . الغلط والتدليس والإكراه والغبن والإستغلال .

٥ - الدفع بعدم التنفيذ أو باستعمال الحق فى الحبس .

٦ - الدفـع بانقضـاء الإلـتزام بالمقاصـة او الابـراء أو اتحـاد الذمـة بيـن المديـن والدائـن الأصلـى ، والدفـع بالتقـادم إذا كـان الديـن الأصلى ينقضى بمضى مدة تختلف عن الحق المجرد .

فهذه الدفوع لا يجوز أن يحتج بها المدين فى مواجهة الغير فـى التصرف المجرد (١)

(١) يرى الدكتور جميل الشرقاوى أن " تجريد التصرفات يتم عن طريـق إيجاد عقبات امام الدفع بالبطلان او الدعـوى بـه لمصلحـة بعض الأشـخاص الـذين تقصد حمايتهم والذين لديهم حسن النيـة ، وهـو الصـورة الوحيدة التى يعتبر فيهـا حسن النية مسقطا للطعن بالبطلان " ـ أنظر رسالته عـن نظريـة بطـلان التصـرف القانونى ـ القاهرة ١٩٥٣ ـ فقرة ١٣٧ ـ صفحة ٣٩٦ . ونأخذ على هذا الراى أنه يتصور التجريد فى نطاق دفوع البطلان دون غيرها من الدفـوع التـى سردناها فـى المتن .وفى محاولة لتحديد نطاق التصرف المجرد يذهب جـى ديبواجيزان إلـى ان هنالك نوعين من التصرف المجرد : أحدهمـا تصـرف مجـرد مـن الدرجـة الثانيـة أو مجرد بصفة مطلقة acte abstrait absolu ou de second degré ويكـون ذلك عندما يوجد طرف ثالث فى التصرف ، كما هو الحال فى الانابـة ، وفـى هذا النوع من التصرف المجرد يتـأثر جوهـر الحـق ذاتـه بـالتجريد والنـوع الآخـر هـو التصرف المجرد النسبى او التصرف المجـرد مـن الدرجـة الأولـى ، ومثالـه السند غير المسبب . فهذا النـوع لا يبقـى صحيحـا رغـم عـدم وجـود السـبب أو عـدم مشروعيته وإنما يترتب عليه فقـط قلـب عـبء الإثبـات ، بحيـث يصبـح للمدين أن يثبت وجها من هذه الأوجه فيترتب على ذلك بطلان إلتزامه . وقد سـبق أن ناقشـنا فكرة السند غير المسبب فى الفقه الفرنسى مع نظرية التجريد الإجرائى ، ورأينا أن وضع السند غير المسبب لا صلة له بالتجريد لذلك فإننـا نـرى أنـه لا يوجـد سـوى نوع واحد من التصرف المجرد هو الذى نحدده فى المتن .

ولكن علم الغير بوجود هذه الدفوع يختلف من حيث أثره فى ثبوت سوء نية الغير أو حسن نيته . ففيما يتعلق بالدفع بعدم مشروعية السبب وبعيوب الإرادة يكون العلم سوء النية ، أما فيما يتعلق بانعدام المقابل فإن العلم بذلك لا يكفى لتكوين سوء النية إذ قد يقصد الملتزم أن يتبرع بما إلتزم به ، ومن ناحية أخرى ، فإن التجريد لا يمنع الملتزم على أية حال من أن يرجع على دائنه الأصلى الذى كان طرفا معه فى علاقة قانونية واحدة بالدفوع المتعلقة بأنعدام المقابل . كذلك السبب الصورى ليس سببا لبطلان العلاقة رغم ما يوحى به إخفاء السبب من عدم المشروعية . لأن من يلتزم لسبب مشروع يلتزم فى وضح النهار ، وليس فى حاجة إلى أن يخفى سبب إلتزامه ، ومع ذلك فليست الصورية سببا للبطلان ، وإنما يجب البحث عن السبب الحقيقى فإن كان مخالفا للنظام العام أو الآداب بطل التصرف.وفى التصرف المجرد لا يتأثر التزام المدين قبل الغير لا بالسبب الصورى ولا بالسبب الحقيقى . وظهور السبب المذكور فى التصرف المجرد صوريا لا يجعل الغير سىء النية ، لأن السبب الصورى قد يستر سببا مشروعا لا غبار عليه . أما الدفوع الخاصة بعدم التنفيذ وباستعمال حق الحبس وبإنقضاء الإلتزام فإن علم الغير بها لا يجعله سىء النية لأن المدين الذى تقادم حق دائنه قد يقبل أن يفى به مختارا وقد يوقع بالقبول على كمبيالة مسحوبة عليه وفاء للحق المتقادم ، وبذلك يجعل من التزامه الطبيعى سببا لإلتزام مدنى وكذا الشان فى المقاصة . فقد يقصد الدائن والمدين الأصليان عدم وقوع المقاصة وأن يوفى حق الغير من الدين الذى على المدين ، لذلك فليس فى علم الغير بدفوع الانقضاء المتعلقة

بالدين الأصلى ما يثبت سوء نيته طالما أن هناك وجها قائما لحسن النية .

٢٥٢ - والعبرة فى سوء نية الغير هى بوقت تلقيه للحق ، فإذا ثبت علمه بالدفوع فى هذا الوقت كان سيء النية ، وإذا ثبت علمه بعد تلقيه الحق كان حسن النية ، وحسن النية مفترض ، وعلى من يدعى العكس أن يثبته ويقيم عليه الدليل .

وعلى ضوء الحكمة من التجريد أيضا ، لا يستفيد الغير من تجريد التصرف إذا كان هناك عيب شكلى ظاهر فى سند الدين . فإذا كان السند يشير الى سبب غير مشروع فلا يستطيع الغير أن يزعم حسن نيته وسبب البطلان ظاهر أمامه .

كذلك حالة ناقص الأهلية حماية لماله ولضعفه تقتضى أن يتفوق هذا الاعتبار على التجريد ، فيجوز للقاصر أن يتمسك ببطلان الإلتزام لمصلحته ، ولا يمنعه من ذلك تجريد التصرف . ويجوز الاحتجاج أيضا فى مواجهة الغير فى التصرف المجرد بانعدام الإرادة كما فى حالة تزوير التوقيع فى الأوراق التجارية ، وحالة انعدام الصفة فى التوقيع .

وقد يكون هناك محل للتساؤل : ولماذا قلنا بالتجريد من الدفوع، ولم نقل بالتجريد من بعض العناصر الموضوعية فى التصرف كالسبب ؟

الواقـع أن تجريـد التصـرف عن سـببه او عـن الإرادة الباطنــة التى انبثق عنها ، إذا كان يقصــد بـه أن يعتبر الإلـتزام ولا سـبب لـه ، أو منفصــلا عـن سـببه او عـن الإرادة الباطنـة لكـان ذلــك قــولا غــير صحيح ، إذ كيـف لا يكون للإلـتزام سـبب أو ينفصـل عـن سـببه وهـو الدافع إليه ؟ وكيف تنفصم عنه الإرادة الباطنـة وهـى التـى خلقتـه ؟ أن لكـل تصـرف عنـاصر يرتكـز عليهـا ، وكمـا أنـه لا يتصـور أن يكـون التصـرف صحيحا مرتبا للحقوق بصرف النظر عن الرضـا أو المحـل ، كذلك لا نتصور القول بصحة التصـرف بصـرف النظـر عـن السـبب . ومادمنا نقول بان التجريد لا يقع فى علاقة أطـراف التصـرف بعضـهم ببعض ، وأن السبب ينتج أثره فى علاقتهم ، فكيف ينفصل السـبب عـن التصـرف بعد أن نشـأ مرتبطـا بـه ؟ تلك إذن حواجـز صناعيـة توضـع او تفترض بين عنـاصر التصـرف دون أن يكون لهـا فـى ذلـك سـند تشريعى أو منطقى . اما الصحيح عندنا فهو أن السبب موجود ، ولكـن " الدفع " ببطلانه فى مواجهة الغير غير جائز، والإرادة الباطنة كامنة ، ولكن " الدفع " بتعييبها فى مواجهة الغير غير سائغ لحكمة معينة .

وفكرتنا عن التجريد لا تنفى دور الشكل فـى بعـض التصرفـات المجردة ، فهى تجعل الشكل شيئا ليس مقصودا لذاته ، كما كـان الحـال فى القانون الرومانى ، وكما هو الشأن فـى القـانون الانجليزى ، وإنمـا هو تابع لحكمة التصرف المجرد وخـادم لهـا ، ولذلـك يمكـن الاسـتغناء عنه أحيانا .

٢٥٣ - نخلص مما تقدم إلى أن العلاقات القانونية تبقى كما هى بمحاسنها وعيوبها بين أطرافها ، فإذا ما تعلق الامر بشخص حسن النية أنتقل إليه الحق بطريق قانونى ، فإن القانون يكف عنه دفوع تلك العلاقات ويمنع مفاجأته بها . ولكن إذا ثبت انه كان يعلم بتلك الدفوع فإنه ليست هناك مفاجأة له ، وعليه أن يتحمل نتيجة سوء نيته ومع ذلك فإن حسن النية مفترض وهو الأصل ، وعلى من يدعى عكسه ان يثبت ما يدعيه .

والتجريد استثناء من قاعدة عامة هى جواز توجيه الدفوع إلى الدائن ، تحقيقا للعدالة ، وهو استثناء لا يأتى إلا بنص من قانون او بقاعدة عرفيه ويؤدى إلى ان الشخص يستطيع ان يعطى اكثر مما يملك لأن الحق الباطل فى يده ينقلب صحيحا فى يد الغير . وليس زمام التجريد فى أيدى الأفراد يتحكمون فيه ، وإنما فى يد المشرع والجماعة . ولكن المشرع قد يعطى للأفراد الفرصة للتخلص من أثر التجريد إذا سمح باشتراط ما يخالفه ، فيجوز مثلا فى الكمبيالة أن يشترط الساحب عدم الضمان بشرط أن يكون قد قدم مقابل وفاء الكمبيالة ، وعندئذ يهبط مستوى ضمانه للوفاء إلى المستوى المقرر فى حوالة الحق المدنية .

وأغلب التصرفات المجردة تشترط فيها الكتابة ، كالأوراق التجارية ، وحتى التصرفات التى لا يشترط فيها ذلك ، تؤدى قواعد الاثبات إلى أعداد دليل كتابى بها إذا زادت قيمتها عن نصاب الشهادة

ولكن الشكل بصفة عامة ليس معيارا ، لأنه يوجد فى التصرفات المجردة كما يوجد فى التصرفات المقيدة ، ولأن بعض التصرفات المجردة تستغنى عنه .

ويرى بعض الفقهاء أن التصرف المجرد يتسق مع الفكر الرأسمالى المولع بحرية التداول الحريص على سرية محتويات الذمم ، وأن هذا التصرف ليس له مكان فى النظم الاشتراكية لأنه يستبعد كل رقابة للمجموع عليه (١) .

ولكننا لا نوافق هذا الرأى للأسباب الآتية :

أولا : أن حكمة التصرف المجرد وهى تدعيم الائتمان وأدوات الوفاء والمحافظة على استقرار التعامل أمر يحرص عليه المشرع فى البلاد الاشتراكية كما فى البلاد الرأسمالية ، خاصة وان ذلك يكون بالنسبة إلى شخص حسن النية جدير بحماية المشرع ، وان الرجوع بالدفوع موجود ، ولكن بين أولى الشان فيها .

ثانيا : أن التجريد محدود فى القوانين اللاتينية ، وليس بنفس الاتساع الموجود فى القوانين الجرمانية كما انه لا تجريد بين أطراف مباشرين وذلك من شأنه أن يحصر التجريد فى حدود معقولة لا خطر منها على مصالح المجموع لأن زمامها بيد المشرع والجماعة ، ولا تتقرر إلا استثناء .

---

(١) كاربونييه : فقرة ١١٣ ـ ص ٣٨٢ .

ثالثا : أن التصرفات المجردة التى نشأت بقوة العرف حتى فى البلاد الاشتراكية ، وخاصة فى نطاق اعمال البنوك ، تدل على أن الجماعة نفسها قد سمحت بأن تغض الطرف عن رقابة بعض التصرفات حماية لحسن النية .

رابعا : أن التصرفات التى لا تخفى جريمة لا خطر منها على مصالح الجماعة ، اما التى تنطوى على جريمة ، فيمكن ان يقرر المشرع أبطالها دائما لأنها تمثل خطرا مباشرا على مصالح المجموع ، وبذلك ينتصر للصالح العام على اعتبارات التجريد .

المبحث الثانى
نظرية السبب فى الفقه الإسلامى

كثيرا ما يعبر الفقه الاسلامى عن السبب بأنه القصد وهو معتبر فى التصرفات من العبادات والمعاملات يقول عنه ابن القيم " ان القصد روح العقد ومصححه ومبطله وقد تضافرت ادلة الشرع وقواعده على ان القصود فى العقد معتبره وانها تؤثر فى صحة العقد وفساده وفى حله وحرمته (١) .

٢٥٤ - يضم الفقه الإسلامى اتجاهين فى نظرية السبب :

---

(١) عبدالفتاح عبدالباقى : فقرة ٢١٩ ص ٤٦٠ ـ ٤٦١ .

الاتجاه الأول يرى ان السبب بمعنى الباعث الدافع إلى التعاقد ، لا يعتد به إلا إذا تضمنه التعبير عن الارادة ، فإذا لم يتضمنه فلا يعتد به .

وهذا الاتجاه يشبه نظرية السبب فى الفقه الألمانى ، ونجده فى الفقهين الحنفى والشافعى ، والاتجاه الثانى يأخذ بالسبب بمعنى الباعث ولو لم يتضمنه التعبير عن الإرادة ويبطل العقد إذا كان السبب غير مشروع ، وهذا الاتجاه الذى تغلب فيه العوامل الأدبية والخلقية والدينية نجده فى الفقهين المالكى والحنبلى ، وهو اتجاه يشبه اتجاه الفقه اللاتينى (١) . وسنكتفى فى هذا الموضع بعرض الاتجاه الثانى .

٢٥٥ - يقرر الفقه المالكى والفقه الحنبلى أن السبب هو الباعث على التعاقد ، وانه يعتد به إذا تضمنه العقد ، بل ويعتد به إذا لم يتضمنه ، ولكن بشرط أن يكون معلوما للطرف الآخر ، ومن الامثلة التى تساق عن السبب غير المشروع مايلى :

١ - من يقدم العنب إلى العاصر ليعصره ، فالاتفاق على العصر مشروع إذا كان صاحبه يريد أن يصنع منه خلا او دبسا ، ويكون غير مشروع لعدم مشروعية سببه إذا كان يريد أن يتخذ منه خمرا ، فإذا أفصح صاحب العنب عن مقصده غير المشروع كان العقد باطلا لقوله تعالى : " ولا تعاونوا على الاثم والعدوان " ، وإذا لم

---

(١) السنهورى : مصادر الحق - جـ ٤ ص ٥١ - ص ٥٣ .

يفصح فقد يعلم الطرف الآخر (عاصر العنب) بهذا السبب غير المشروع من ظروف الحال ، كما إذا كان صاحب العنب تاجر خمور ، اما إذا لم يفصح صاحب العنب عن قصده ، ولم يعلم به الطرف الآخر ، ولم يكن ممكنا استخلاص هذا السبب غير المشروع من الظروف فإن العقد يبقى صحيحا . كذلك الاتفاق على بيع العصير يكون باطلا إذا كان السبب غير مشروع .

٢ – من يشترى سلاحا ليقتل به مسلما ، يبطل عقد البيع لعدم مشروعية السبب إذا أفصح عنه المشترى او لم يفصح عنه ولكن البائع علمه بطريق آخر ، وكذا بيع السلاح لأهل الحرب وقطاع الطريق وفى وقت الفتنة .

٣ – الربا المستور فى عقد بيع يبطل لعدم مشروعية السبب .

٤ – بيع أرض بقصد بناء كنيسة عليها باطل لعدم مشروعية السبب .

٥ – اجارة الشخص امته لمن يعلم أنه يستأجرها ليزنى بها او اجارتها أو بيعها للغناء .

٦– تأجير المحل ليباع فيه الخمر باطل لعدم مشروعية سببه(١)

---

(١) السنهورى : مصادر الحق – جـ ٤ – ص ٧١ – ص ٧٩، عبدالباقى: فقرة ٢١٩ ص ٤٦١ .

٢٥٦ - ويكفى لإثبات علم الطرف الآخر بالسبب غير المشروع أن يكون هذا السبب مما ينبغى عليه ان يعلمه ولو لم يفصح عنه الطرف الأول . فالمقترض الذى يقدم هدية إلى المقرض تعتبر هديته ربا فتكون باطلة . وإذا أهدى المشركون لأمير جيش المسلمين هدية كانت رشوة ، فلا يختص بها هو وإنما تعتبر غنيمة أو فيئا . وإذا أهدى بعض الناس الهدايا إلى الحاكم لقضاء بعض المصالح كانت رشوة ، وإذا وهبت المرأة صداقها إلى زوجها كان عليه أن يعلم أن الباعث على ذلك هو استدامة الزواج فإذا طلقها اختل الباعث ولها الرجوع فيما وهبت (١) .

٢٥٧ - التصرف المجرد : يعرف الفقه الإسلامى التصرف القانونى المجرد .

ومن أمثلته عقد الكفالة . والتجريد فى عقد الكفالة فى الفقه الاسلامى ، أبعد مدى منه فى الفقه الغربى . فالفقه الغربى يسمح للكفيل بأن يتمسك فى مواجهة الدائن بالدفوع الناشئة عن علاقة هذا الدائن بالمدين ، ويجرد الالتزام من الدفوع الناشئة عن علاقة الكفيل بالمدين ، فلا يستطيع الكفيل أن يتمسك بها فى مواجهة الدائن . اما الفقه الإسلامى فيجعل التجريد شاملا لهذين النوعين من الدفوع . فالكفيل لا يستطيع أن يتمسك فى مواجهة الدائن بأن المدين لم يؤد إليه الاجر

---

(١) السنهورى : مصادر الحق - جـ ٤ - ص ٧١ - ص ٧٩، عبدالباقى: فقرة ٢١٩ ص ٤٦١ .

عن الكفالة (وهو دفع ناشىء عن علاقة الكفيل بـالمدين) ولا يستطيع أن يتمسك فى مواجهة الدائن بأن الدين كان ثمن خمر قدمها الدائن الـى المدين المكفول (وهو دفع ناشىء عن علاقة الدائن بالمدين) . وهكذا نجد التجريد فى الفقه الاسلامى اوسع نطاقا منه فى الفقه الغربى (١) .

---

(١) السنهورى : مصادر الحق – جـ ٤ – ص ٧١ .

الفصل السادس
جزاء أركان التصرف

٢٥٨ - الجزاء على عدم توافر أركان التصرف القانونى وشروط هذه الأركان ، هو البطلان La nullité : والبطلان اما أن يكون مطلقا او ان يكون نسبيا . والعقد الباطل فى الأصل لا يرتب أى أثر قانونى . ولكنه باعتباره واقعة مادية يمكن أن يرتب بعض الآثار العرضيه . وبعد عرضنا للقانون المعاصرنعرض نظرية البطلان فى الفقه الاسلامى . وعلى ذلك فإننا نقسم هذا الفصل إلى مباحث اربع هى :

المبحث الأول : فى التصرف الباطل بطلانا مطلقا .

المبحث الثانى : فى التصرف الباطل بطلانا نسبيا او القابل للابطال .

المبحث الثالث : فى الآثار العرضية للتصرف الباطل .

المبحث الرابع : نظرية البطلان فى الفقه الاسلامى .

المبحث الأول
التصرف الباطل بطلانا مطلقا

٢٥٩ - تمييز البطلان المطلق عما سواه : البطلان معناه عدم انتاج التصرف أثرا ما ، لا فيما بين أطرافه ولا بالنسبة لغيرهما لعدم توافر أركانه أو شروطها . والبطلان بهذا المعنى يختلف عن الفسخ ، فالفسخ يفترض أن التصرف يقوم صحيحا ، مستوفى الأركان، ولكن أحد الأطراف لم ينفذ التزامه ، فيطلب الطرف الآخر فسخ العقد حتى يعفى من تنفيذ التزامه ، ويختلف البطلان عن عدم النفاذ أو عدم السريان L' inopposabilité فعدم النفاذ يفترض ان التصرف فيما بين طرفيه يقوم صحيحا (١) ، ولكنه بالنسبة الى غيرهما لا يحتج به عليه ، كما هو الحال فى التصرف الصورى ، والتصرف الذى يجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصية (٢) .

٢٦٠ - النظرية التقليدية ونقدها : وقد كانت النظرية التقليدية تقسم البطلان الى ثلاثة أنواع : انعدام التصرف ويكون بانعدام ركن من الاركان . وبطلان التصرف بطلانا مطلقا حيث تكون الاركان متوافرة ، ولكن بعض شروطها لم تتوافر كعدم تعيين المحل أو عدم مشروعية السبب . وبطلان التصرف بطلانا نسبيا ويكون بسبب عيوب الارادة او نقص الأهلية .

---

(١) ويل وتريه : فقرة ٢٨٨ - ص ٣٢٠ .
(٢) اسماعيل غانم : المصادر - فقرة ١٣٢ - ص ٢٧٧ - ص ٤٧٨ .

وهذه النظرية منتقدة فى تمييزها بين الانعدام والبطلان المطلق ، لأن النوعين يتعلقان بتصرف غير موجود وأحكامهما واحدة ، ولذلك لا معنى لهذه التفرقة فهى غير صحيحة وغير منطقية وغير مفيدة ، وما دام التصرف معدوما فى الحالتين فلا تفاوت فى العدم (١) . ولذلك يقتصر الفقه الآن على البطلان المطلق والبطلان النسبى ، ويعبر عن الأول بالتصرف الباطل ، وعن الثانى بالتصرف القابل للابطال (٢) .

والتفرقة بين البطلان المطلق والنسبى لا تتعلق بآثار البطلان ، فالآثار بالنسبة لكل من هذين النوعين واحدة متى تقرر الابطال ، ولكن التفرقة تتعلق أساسا بالمصالح التى يحميها كل منهما ، والشروط التى يجب توافرها للتمسك به ، فالبطلان المطلق يحمى عامة مصالح تتعلق بالنظام العام والآداب ، ولذلك كان واقعا دون ان يلزم صدور حكم به ولا يملك القاضى إلا ان يقر بوجوده متى استبان له ، ولا ترد عليه الاجازة ولا يصححه التقادم . أما البطلان النسبى فيحمى مصالح خاصة ، ولذلك لم يكن لأحد أن يتمسك به سوى من شرع لمصلحته

---

(١) السنهورى : الوجيز – فقرة ٢٠٣ – ص ١٨٨ .

(٢) يذهب رأى إلى ان التفرقة بين البطلان المطلق والبطلان النسبى قد هجرت واستعيض عنها بالبطلان والقابلية للابطال (الكزبرى : جـ١ فقرة ١٥٧ – ص ٢٠٠) ولكن يقر الفقه عامة ، وكذلك القضاء استخدام فكرة البطلان المطلق والنسبى . انظر : ويل وتريه : فقرة ٢٩٠ – ص ٣٠٣ ، السنهورى : فقرة ٢٠٣ – ص ١٨٨.

ولا تحكم به المحكمة الا اذا طلب اليها ذلك ، وترد عليه الاجازة ويلحقه التقادم .

٢٦١ – الشروط الطبيعية والشروط القانونية: والأركان التى يبطل العقد عند عدم توافرها هى : الرضا والمحل والسبب ، فإذا انعدم الركن ذاته فلا يقوم العقد لأن طبيعة الأمور تقتضى وجودها : واذا اختل شرط من شروط هذه الأركان كان التصرف باطلا . فركن الرضا يشترط فيه تطابق الايجاب والقبول ، ويشترط فيه أن يصدر التعبير عن الارادة من شخص مميز وركن المحل يشترط فيه ان يكون ممكنا أو معينا ، وأن يكون مشروعا . وركن السبب يشترط فيه أن يكون مشروعا – وهذه الشروط بعضها شروط طبيعية وبعضها شروط قانونية أى من صنع المشرع . فالشروط التى ترجع الى طبيعة الأشياء هى تطابق القبول مع الايجاب ، وتوافر التمييز ، وكون المحل ممكنا أو معينا . والشروط التى ترجع الى صنع المشرع هى المشروعية فى محل الالتزام وسببه . وعدم توافر هذه الشروط (طبيعية وقانونية) يترتب عليه بطلان التصرف ، فيكون باطلا طبيعة اذا انعدم الركن أو انعدم شرط من الشروط الطبيعية ، ويكون باطلا شرعا اذا انعدم الشرط القانونى وهو المشروعية .

٢٦٢ – وبقيام هذه الأركان بشروطها التى ذكرناها يقوم التصرف أو هذه هى شروط وجوده ، وتلزمه مع ذلك شروط لصحته ، وشروط الصحة هذه تتعلق بركن الرضا بالذات ، فيجب أن يكون

الرضـا خاليـا مـن العيـوب : الغلـط والتدليـس والاكـراه والغبـن ، وأن تتوافر فيمـن يصـدر عنـه أهليـة التصـرف الـذى يبرمـه . وعـدم توافر شروط الصحة هذه جزاؤه البطـلان النسبى علـى مـا سنرى فـى المبحث التالى .

٢٦٣ – التصرف الباطل لا ينتج آثاره:فالتصرف الباطل بطلانـا مطلقا سواء كان عقدا أو ارادة منفردة لا يعتبر تصرفا قانونيا بل يعتـبر واقعة مادية . ولذلك لا يترتب عليه الأثر القانونى الذى يرتبه القانون . فـالالتزام البـاطل بقـوة القـانون لا يمكـن أن ينتـج أى أثـر الا اسـترداد ما دفع بغير حق تنفيذا له . ويكون الالتزام باطلا بقوة القانون .

١ – اذا كان ينقصه أحد الأركان اللازمة لقيامه .
٢ – اذا قرر القانون فى حالة خاصة بطلانه (١) .

ونتيجة للبطلان يعاد الطرفـان الـى الحالـة التـى كانـا عليهـا قبـل ابرام العقد ، وفى هـذا تقـول المـادة ١٤٢ مدنـى : " فـى حـالتى ابطـال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد فـاذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل " (٢) .

---

(١) يقرر القانون البطلان فى حالات خاصة كما هو الشـأن فـى التصـرف الشكلى الذى لا يستوفى ركن الشكل .

(٢) يقابل هـذا النص فـى التقنينـات المدنيـة العربيـة الأخـرى ، مـايلى مـن النصـوص : -

وعلى ذلك اذا كان التصرف عقد بيع وقع باطلا ، فلا يترتب عليه انتقال ملكية المبيع ، ولايكون الثمن من حق البائع ، وإذا كان قد قبضه كان عليه أن يرده الى المشترى تطبيقا لقواعد دفع غير المستحق وهذه هى إعادة الطرفين الى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد.

٢٦٤ – تعذر اعادة الحال الى ما كانت عليه : غير أن اعادة الحال الى ما كانت عليه قد لا يكون ممكنا ، كما هو الشأن فى العقود الزمنية أحيانا ، كما إذا أبطل عقد الايجار، بعد أن استفاد المستأجر بالعين عدة شهور أو عدة سنوات . فإن رد المنفعة التى حصل عليها المستأجر أمر مستحيل ، والمؤجر وإن كان ملتزما بأن يرد الأجرة الىالمستأجر ، إلا أنه بلاشك يحق له الحصول على مقابل المنفعة التى حصل عليها المستأجر على حسابه ، ولذلك يقضى للمؤجر فى هذه الحالة بالتعويض المناسب .

وقد أثار البطلان الذى يرجع الى عدم مشروعية المحل أو عدم

– فى القانون الليبى : المادة ١٤٢ مدنى مطابقة .
– فى القانون السورى : المادة ١٤٣ مدنى مطابقة .
– فى القانون العراقى : المادة ١٣٨ مدنى موافقة .
– فى القانون اليمنى : المادة ٢٠١ مدنى موافقة .
– فى القانون اللبنانى : لا مقابل له ولكنه يتفق مع القواعد العامة هناك .
– فى القانون الكويتى : المادة ١٨٧ موافقة .
– فى القانون الجزائرى : المادة ١٠٣ موافقة .

مشروعية السبب بعض التردد فى احكام القضاء (١) . ويرجع ذلك الى أن القانون الرومانى كان لا يسمح لمن كان ملوثا بعد المشروعيةبأن يسترد ما أداه . ولكن هذا الوضع لا يحقق العدالة ، لأنه يسمح للموظف المرتشى بأن يحتفظ بالرشوة ، ويمكن المجرم الذى حصل على أجر على ارتكاب الجريمة من الاحتفاظ بهذا الأجر ، وهذه نتائج تمس بالنظام العام مساسا خطيرا . لذلك فإن الراجح الآن هو أن رد محل الالتزام ممكن فى جميع الأحوال حتى لا يكون عدم الاسترداد مشجعا على مخالفة القانون وعلى ارتكاب أنواع الفساد.

٢٦٥ – التمسك بالبطلان المطلق : مادام انعدام التصرف الباطل امرا واقعا ، فهو لا يحتاج الى التمسك به أمام المحكمة للحصول على حكم يقرر ذلك . فالحكم الذى يقرر البطلان يقرر أمر حاصلا .

ومع ذلك كثيرا ما يكون لأحد الطرفين مصلحة فى أن يطلب الحكم بالبطلان المطلق . فالبائع الذى سلم المبيع الى المشترى يحتاج الى حكم بالبطلان لكى يتمكن من استرداد المبيع . والحكم الذى يصدر بالبطلان لا ينشئه وانما يكشف عن وجود البطلان .

(١) يرى بعض الفقهاء تفسير مسلك القضاء الفرنسى المتناقض فى هذه المسألة بأن القضاء يقدر فى كل حالة على حدة النتائج المترتبة على رفض طلب الاسترداد أو اجابته . وقد يصح ان يقال أن القضاء يجرى مقارنة بين درجة تلوث كل من الطرفين فيقضى بالرد اذا كان الطرف الذى يطالب بالاسترداد أقل تلوثا من الطرف الآخر " – اسماعيل غانم : فقرة ١٤٧ – ص ٣٠٠ .

ودعوى البطلان فى كل من القانون المصرى والسورى والليبى تتقادم بمضى ١٥ سنة (١) .

واذا سقطت دعوى البطلان بمضى ١٥ سنة فإن من يريد الاسترداد يستطيع ان يلجأ الى دعوى الاستحقاق التى تحمى حق ملكيته للشىء الذى يسترده ، وهذه الدعوى لا تسقط بالتقادم .

ويستطيع من يتمسك بالبطلان ألا يلجأ الى رفع الدعوى ، وانما يكتفى بأن يترقب اقامة الدعوى عليه من الطرف الآخر لتنفيذ العقد ، فيدفع ببطلانه . والدفع لا يسقط بالتقادم .

والتمسك ببطلان التصرف جائز من كل ذى مصلحة سواء

---

(١) - فى القانون المصرى : المادة ١٤١ / ٢ مدنى
- فى القانون السورى : المادة ٢/١٤٢ مدنى مطابقة .
- فى القانون الليبى : المادة ٢/١٤١ مدنى مطابقة .
- فى القانون العراقى واللبنانى لا مقابل لهذا الحكم .
- فى القانون الكويتى : المادة ٢/١٨٦ مطابقة .
- فى القانون الجزائرى : المادة ٢/١٠٢ مطابقة .

ولم يحدد المشرع المغربى مدة لتقادم دعوى البطلان وان كان قد حدد مدة لتقادم دعوى الابطال هى خمس عشرة سنة . ومن الصعب القول بالقياس وليس من شأن مضى الزمن ان يقلب العدم وجودا . ولكن من ناحية أخرى نص المشرع المغربى فى باب التقادم على أن ، كل الدعاوى الناشئة عن الالتزام تتقادم بخمس عشرة سنة .. ، وعلى ذلك فإن دعوى البطلان تتقادم فى القانون المغربى تطبيقا لهذا النص بمضى ١٥ سنة

بطريق الدعوى أو بطريق الدفع . فالمتعاقد وخلفه العام والخاص ودائنوه كل هؤلاء لهم حق التمسك بالبطلان .

واذا توقف مصير دعوى أمام القضاء على تقرير مصير التصرف الباطل ، ولم يكن أحد قد طلب الحكم ببطلانه ، فإن المحكمة لابد وان تقرر البطلان ، لأنها لا تقرر الا ما هو كائن .

٢٦٦ – جواز اعاده ابرام التصرف الباطل من جديد : ان التصرف الباطل لا ترد عليه الاجازة ، بل يجب على الطرفين ان يبرما التصرف من جديد مستوفيا ما كان ناقصا من الأركان والشروط . والاجازة تختلف عن اعادة ابرام التصرف فالإجازة تصرف بارادة منفردة وهى تستند بأثر رجعى الى وقت التصرف الباطل أما ابرام التصرف من جديد فهو اما ان يكون التزاما بارادة منفردة يستوفى ما نقصه من الأركان والشروط أو عقدا يستجمع ارادتين ، وينشأ من هذا الوقت فقط لا من وقت صدور التصرف الباطل (١) .

وتستتبع أوجه الاختلاف هذه أن الاهلية المتطلبة يلزم توفرها فى العقد الجديد فى المتعاقدين كليهما ، بينما فى الاجازة لا تلزم الأهلية الا فى المجيز .

---

(١) اسماعيل غانم ، المصادر – فقرة ١٣٧ – ص ٢٨٣ .

وقد نصت القوانين العربية على جواز الاجازة وهى احيانا تسمى بالتصديق (١) .

٢٦٧ - أثر البطلان على الالتزام التابع : اذا كان هناك التزام اصلى والتزام تابع ، فإن الأول يؤثر على الثانى ، فبطلان الالتزام الأصلى يؤدى الى بطلان الالتزام التابع ، فاذا كانت هناك كفالة لدين ، وبطل الدين بطلت الكفالة لأنها التزام تابع . ولكن قد يقضى القانون أو الاتفاق ببقاء الالتزام التابع صحيحا رغم بطلان الالتزام الأصلى . فمثلا اذا كانت الكفالة قد أعطيت بطريق التوقيع على ورقة تجارية ، فإن الالتزام الأصلى اذا كان باطلا لا يؤثر على الكفالة ، بل تبقى صحيحة وهذا هو ما يعبر عنه فى القانون التجارى بمبدأ استقلال التوقيعات فى الورقة التجارية ، وهو ايضا نوع من الالتزام المجرد الذى سبق أن بسطنا أحكامه .

واذا كان الالتزام التابع باطلا ، فهو لا يؤثر على الالتزام الأصلى ، فالكفالة المدنية اذا كانت باطلة لا تؤدى الى بطلان الدين الأصلى .

---

(١) جاء ذلك فى المادة ١/١٤١ مدنى مصرى ونصها . " اذا كان العقد باطلا جاز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ولا يزول بالإجازة " . ونظائر هذا النص هى . المادة ١/١٤١ مدنى سورى (مطابقة) ، والمادة ١/١٤١ مدنى ليبى (مطابقة) والمادة ١٤١ مدنى عراقى (مطابقة) . أما فى القانون اللبنانى فلا مقابل وأن كان الحكم متفقا مع القواعد العامة . والمادة ١٨٤ مدنى كويتى موافقة . والمادة ١٠٢ مدنى جزائرى موافقة .

المبحث الثانى
التصرف الباطل بطلانا نسبيا

٢٦٨ – حالات البطلان النسبى : بعد أن حصرنا حالات البطلان المطلق فى عدم توافر الأركان وشروطها الطبيعية والقانونية ، تنحصر حالات البطلان النسبى فى عدم توافر شروط الصحة ، وهى : خلو الإرادة من العيوب واكتمال الأهلية .

فوجود عيب من العيوب يلحق الإرادة ، وهى الغلط والتدليس والاكراه والغبن أو الاستغلال ، وعدم اكتمال الأهلية كما هو الشأن فى تعاقد الصبى المميز والسفيه ، كل أولئك يجعل العقد قابلا للابطال أى باطلا بطلانا نسبيا .

٢٦٩ – حكم العقد الباطل بطلانا نسبيا : العقد القابل للابطال عقد موجود ولكنه غير صحيح ونتيجة لذلك يرتب كل الآثار القانونية ، فهو صحيح حتى يبطل . وهو يبطل اذا طلب ذو المصلحة ابطاله ، وذو المصلحة هو من كان ناقص الأهلية أو لحق ارادته عيب من العيوب . أما الطرف الآخر فلا يطلب الابطال والابطال لا يتم تلقائيا كما فى البطلان ، بل لابد وأن يصدر حكم من المحكمة به . ومتى صدر الحكم بالابطال بناء على طلب ذى الشأن صار التصرف باطلا ، وزالت كل آثاره بأثر رجعى ووجب اعادة الطرفين الى ما كانا عليه

قبل ابرام التصرف . فإن تعذر ذلك حكم بتعويض مناسب ، ويمكن التمسك بالابطال بطريق الدعوى أو بطريق الدفع .

٢٧٠ – الاجازة والتصرف القابل للابطال:كما يكون لصاحب الشأن أن يبطله ، يكون له ان يجيزه ، وهو في هذا يختلف عن التصرف الباطل . والاجازة تصرف بارادة منفردة يلزم فيه توافر الأهلية اللازمة لصحة التصرف المراد تصحيحه . ولا تحتاج الى اقتران قبول بها ، وتصدر ممن له طلب الابطال ، ويجب أن تكون خالية من العيوب ، فالتصرف الصادر تحت تأثير الاكراه لا تصححه اجازة صدرت ايضا تحت تأثير الاكراه ، بل لا تكون الاجازة صحيحة الا اذا زال الاكراه أولا (١) . ويترتب على اجازة التصرف ان يصير صحيحا ، وتتأكد نهائيا الآثار التى ترتبت عليه . وتستند الاجازة بأثر رجعى فيعتبر التصرف صحيحا من وقت صدوره . ولكن هذا الأثر الرجعى لا يمس بحقوق الغير بل ينتج فقط فيما بين المتعاقدين .

والاجازة يمكن ان تكون اجازة صريحة ، ويشترط فيها أن يبين جوهر الالتزام وماهيته ، وأن يشار الى سبب القابلية للابطال اى الى عيب الارادة أو الى وجه نقص الأهلية ، وأن يصرح فيها بالرغبة فى اصلاح العيب المؤدى الى الابطال .

---

(١) اسماعيل غانم : المصادر – فقرة ١٣٧ – ص ٢٨٣ .

ويمكن ان تكون الاجازة ضمنية ، وذلك اذا قام من له التمسك بالابطال ، بتنفيذ التصرف اختيارا ، ولو فى جزء منه ، مع كونه عالما بالعيب الموجود فى التصرف أو قام بالتصرف فى الشىء الذى تلقاه بعقد قابل للابطال (١) . فيسقط حقه فى التمسك بالابطال بعد ذلك سواء بطريق الدعوى او بطريق الدفع .

٢٧١ – تقادم دعوى الابطال : ودعوى الابطال تسقط بالتقادم . ومدة تقادمها فى القانون المصرى والليبى ثلاث سنوات وفى القانون المغربى والسورى سنة . وفى القانون اللبنانى والجزائرى عشر سنوات ، وفى القانون العراقى يعتبر العقد موقوفا وينفذ اذا لم ينقضه المتعاقد فى خلال ثلاثة أشهر (٢) .

---

(١) اسماعيل غانم : المصادر فقرة ١٣٧ – ص ٢٨٤ .

(٢) فى القانون السورى : المادة ١٤١ مدنى ، والمصرى والليبى : المادة ١٠٧ مدنى ، واللبنانى والمادة ٢٣٥ موجبات وعقود ، والعراقى المادة ٢/١٧٦ مدنى وفى القانون الكويتى المادة ١٨٣ وفى القانون الجزائرى المادة ١٠١ وفى القانون المغربى وردت النصوص التالية : الفصل ٣١١ ، " يكون لدعوى الابطال محل فى الحالات المنصوص عليها فى الفصول ٤ و ٤٦ و ٥٥ و ٥٦ من هذا المرسوم الملكى . وفى الحالات الأخرى التى يحددها القانون . وتتقادم هذه الدعوى بسنة فى كل الحالات التى لا يحدد فيها القانون أجلا مخالفا . ولا يكون لهذا التقادم محل الا بين من كانوا أطرافا فى العقد ".

– الفصل ٣١٢ ، " لا يبدأ سريان مدة التقادم المذكورة فى حالة الاكراه الا من يوم زواله . ولا فى حالة الغلط والتدليس الا من يوم اكتشافهما . أما بالنسبة الى التصرفات المبرمة من القاصرين فمن يوم بلوغهم سن الرشد . وبالنسبة الى التصرفات المبرمة من المحجور عليهم وناقصى الأهلية فمن رفع الحجر عنهم =

وتحسب المدة من وقت زوال سبب القابلية للابطال ، ففى حالة الغلط والتدليس من وقت اكتشافهما ، وفى حالة الاكراه من يوم زواله . وفى حالة نقص الأهلية من يوم بلوغ القاصر سن الرشد ، وبالنسبة للمحجور من يوم رفع الحجر أو من يوم وفاة ناقص الأهلية ويكون الطعن فى التصرف عندئذ للورثة . وتنتقل دعوى الابطال الى الورثة فيما بقى من مدتها . وفى جميع الأحوال تنقضى دعوى الابطال بمضى ١٥ سنة من تاريخ التصرف .

وتقادم دعوى الابطال يترتب عليه ان يصبح التصرف صحيحا بخلاف دعوى البطلان فإن تقادمها لا يصحح العقد بل يبقى باطلا .

– أو من يوم وفاتهم فيما يتعلق بورثتهم اذا مات ناقصوا الأهلية وهم على هذه الحالة . وفى حالة الغبن المتعلق بالراشدين فمن يوم وضع اليد على الشىء محل العقد " .

– الفصل ٣١٣ : " تنتقل دعوى الابطال الى الورثة فيما لمورثهم من مدتها ، مع مراعاة الاحكام المتعلقة بانقطاع التقادم أو بمدته " .

– الفصل ٣١٤ : " تنقضى دعوى الابطال بالتقادم فى جميع الحالات بمرور خمس عشرة سنة من تاريخ العقد " .

المبحث الثالث
الآثار العرضية للتصرف الباطل

٢٧٢ - رأينا ان التصرف الباطل يعتبر واقعة مادية ، وكذا التصرف القابل للابطال بعد أن يقضى بابطاله . فتزول الآثار ويعاد الطرفان الى الحالة التى كانا عليها قبله .

واذا كان القانون لا يرتب الآثار القانونية الأصلية فى هذه الحالات ، فإنه قد يرتب آثارا أخرى عرضية ، على التصرف الباطل او الذى ابطل باعتبارهما واقعة مادية : مثال ذلك العطاء الباطل فى المزاد يسقط العطاء السابق عليه ، وصحيفة الدعوى الباطلة تقطع سريان التقادم . فهذه آثار عرضية تترتب على واقعة مادية لا على تصرف قانونى .

ولكن المشرع قد يزيد على ذلك فيرتب الآثار العرضية لا على أساس أن التصرف واقعة مادية ، ولكن على أساس انه تصرف قانونى اى انه يعتبر التصرف صحيحا ويعتد به ، ويعتبر ذلك من تطبيقات فكرة حماية الأوضاع الظاهرة .

وقد ورد فى القوانين المدنية تطبيقان لهذه الفكرة هما : نظرية انتقاص العقد ونظرية تحول العقد ، وفيما يلى بيانهما .

المطلب الأول
نظرية انتقاص التصرف

٢٧٣ - **نص قانوني** : تنص المادة ١٤٣ من التقنين المدني المصري على أنه : " اذا كان العقد في شق منه باطلا او قابلا للابطال ، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، إلا اذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير هذا الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للابطال ، فيبطل العقد كله " (١) .

٢٧٤ - قد يكون العقد باطلا ، ومع ذلك يبدو في جزء منه سليما ، فاذا اشترى شخص عدة اشياء أثرية ممن يتجر فيها ، ثم تبين ان بعضها من الأشياء المقلدة وليس أثريا ، فتمسك بالابطال للغلط . فان المنطق يقضي بأن يتقرر الابطال بالنسبة الى الاشياء المقلدة

---

(١) يقابل هذا النص في التقنينات العربية الأخرى ، مايلي من النصوص :
- في القانون الليبي : المادة ١٤٣ مدني مطابقة .
- في القانون السوري : المادة ١٤٤ مدني مطابقة .
- في القانون العراقي : المادة ١٣٦ مدني مطابقة .
- في القانون اللبناني : لا مقابل له ولكن يتفق النص مع القواعد العامة .
- في القانون الكويتي : المادة ١٩٠ موافقة .
- وفي القانون الجزائري : المادة ١٠٤ موافقة .

ينص الفصل ٣٠٧ من تقنين الالتزامات والعقود على ان : بطلان جزء من الالتزام يبطل الالتزام في مجموعه الا اذا أمكن لهذا الالتزام ان يبقى قائما بدون الجزء الذي لحقه البطلان . وفي هذه الحالة الأخيرة يبقى الالتزام قائما باعتباره متميزا عن العقد الأصلي " .

وحدها ، أما الأشياء الأخرى التى لا جدال فى كونها أثرية فلا مبرر للابطال فيها فيبقى عقد البيع قائما صحيحا بالنسبة اليها . وهذه هى فكرة انتقاص العقد Le reduction du contrat ، أى قصر العقد على الجزء الذى يعتبر منه غير باطل ، والغاء الجزء الآخر واعادة المتعاقدين فى شأنه الى ما كانا عليه قبل العقد .

فنظرية انتقاص العقد ، تتعلق بعقد باطل أو بعقد قابل للابطال قضى فعلا بابطاله أما اذا كان العقد صحيحا فلا يجوز الانتقاص منه الا باتفاق الطرفين . وكذا اذا كان العقد باطلا كله فلا يجوز الاقتصار على جزء منه لأن هذا الجزء باطل كسائر اجزاء العقد . وانما الذى يجوز الانتقاص منه هو العقد الذى يكون جزء منه باطلا والآخر صحيح ، كما فى قسمة عقارات بعضها موقوفة فان قسمة الموقوف باطلة وقسمة غير الموقوف صحيحة .

ويشترط لانطباق نظرية انتقاص العقد ، ان يصلح الجزء الصحيح للبقاء بغير الشق الباطل ، أما اذا تبين ان التصرف ما كان ليتم بغير الجزء الباطل فإن العقد يبطل كله (١) .

كذلك يشترط لانطباق نظرية انتقاص العقد ، ألا تتعارض مع

---

(١) السنهورى : الوجيز : الفقرتان ٢٠٦ و ٢٠٧ - ص ١٩١ ص ١٩٢ ، الكزبرى : جـ ١ - فقرة ١٦٤ - ص ٢٠٦ .

ما يقصده الطرفان . ويقع عبء الاثبات فى هذه الحالة على المتعاقد الذى يتمسك بالبطلان الكلى للعقد (١) .

المطلب الثانى
نظرية تحول العقد

٢٧٥ – **نص قانونى :** تقضى المادة ١٤٤ من التقنين المدنى المصرى بأنه : " اذا كان العقد باطلا أو قابلا للابطال ، وتوافرت فيه أركان عقد آخر ، فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذى توافرت أركانه اذا تبين ان نية المتعاقدين كانت تنصرف الى ابرام هذا العقد" (٢) .

٢٧٦ – قد يقع أن يكون تصرف باطلا باعتباره تصرفا معينا ،

---

(١) اسماعيل غانم : المصادر – فقرة ١٤٣ – ص ٢٩٥ .

(٢) يقابل هذا النص فى التقنينات العربية الأخرى ، مايلى من النصوص :

– فى القانون الليبى : المادة ١٤٤ مدنى مطابقة .

– فى القانون السورى : المادة ١٤٥ مدنى مطابقة .

– فى القانون العراقى : المادة ١٤٠ مدنى مطابقة .

– فى القانون اللبنانى : لا مقابل له .

– فى القانون الكويتى : المادة ١٩١ موافقة .

– فى القانون الجزائرى : المادة ١٠٥ مطابقة .

ينص الفصل ٣٠٩ من تقنين الالتزامات والعقود المغربى على أنه : " اذا بطل التزام باعتبار ذاته وكان به من الشروط ما يصح به التزام آخر ، جرت عليه القواعد المقررة لهذا الالتزا م الآخر " .

بينما لو اعتبرناه تصرفا آخر لكان صحيحا ، بل أن الاطراف أنفسهم لو علموا من أول الأمر ان هذا التصرف باطل لرضيا بالتصرف الآخر . فارادتهم المحتملة تعتبر قد انصرفت الى هذا التصرف الآخر، واحتراما لهذه الارادة المحتملة يرتب القانون هذا التصرف على تلك الارادة المحتملة ويجعله صحيحا . فالبطلان وإن كان جائزا الا أنه أبغض الحلال الى المشرع ، ومتى وجد فرصة لتصحيح التصرف فلا يتردد فى جعله صحيحا ، ولو ببناء التصرف على ارادة محتملة .

مثال ذلك ان تؤخذ كمبيالة لم تستوف شروطها القانونية وانما استوفت شروط السند الاذنى ، فهى تبطل باعتبارها كمبيالة وتصح باعتبارها سندا أذنيا ، وكذا الشيك الذى لا يتضمن بعض البيانات الالزامية يفقد وصف الشيك ، ولكنه قد يصح كسند عادى .

ونظرية تحول العقد يشترط لانطباقها ، أن يكون التصرف الأصلى باطلا أصلا ، أو قابلا للابطال ثم ابطل ، أو ان يكون شقا باطلا من تصرف انطبقت عليه نظرية انتقاص العقد . ويجب ان تتوافر فى هذا التصرف اركان تصرف آخر ، دون ان يضاف اليه ركن جديد . ويجب ان تنصرف ارادة المتعاقدين المحتملة الى هذا التصرف الآخر .

ونظرية تحول العقد Conversion du contrat من صنع الفقه

الألمانى فى القرن الماضى ونص عليها التقنين المدنى الألمانى فى المادة ١٤٠ منه ولكن تطبيقاتها فى الواقع محدودة (١) .

المبحث الرابع
نظرية البطلان فى الفقه الاسلامى

سنعتمد فى هذه النظرية على ما كتبه الاستاذ الدكتور عبدالفتاح عبدالباقى بصفة اساسية (٢) .

"العقد فى الفقه الاسلامى اما صحيح او باطل . غير أن الفقه الحنفى يفصل ويقسم عدم الصحة الى قسمين : الباطل والفاسد ذلك ان العقد يمر بمرحلتين : مرحلة الانعقاد ومرحلة الصحة . ففى مرحلة الانعقاد اذا اختل اصل العقد اى مقومات العقد صار باطلا . ويشمل أصل العقد التراضى والمعقود عليه أى المحل . ويدخل فى التراضى توافق الايجاب والقبول واتحاد مجلس العقد وتوافر العقل اى التمييز . ويدخل فى المحل ضرورة وجوده او كونه مقدورا ومتقوما . والعقد الباطل هو والعدم سواء كما هو الحال فى القوانين الحديثة فلا ينتج اثرا باعتباره تصرفا ولا تصححه الاجازة ولكل ذى مصلحة التمسك به وعلى القاضى ان يقضى به من تلقاء نفسه . ولكن العقد الباطل قد يرتب اثرا باعتباره واقعة مادية " .

---

(١) اسماعيل غانم : المصادر – فقرة ١٤٤ – ص ٤٩٧ .
(٢) عبدالفتاح عبدالباقى : الفقرات ٢٥٣ – ٢٦٠ – ص ٥٠٧ – ٥١٨ .

" فاذا كان العقد سليما فى مرحلة الانعقاد فانه يدخل اختبارا آخر فى مرحلة الصحة ، فإذا لم ينجح فى هذا الاختبار كان فاسدا . والعقد الفاسد نظرية تنطبق على العقود الملزمة للجانبين الناقلة للملك كالبيع والشركة والقسمة والصلح ، ولا تطبق على التصرفات الصادرة من جانب واحد كالوقف والطلاق والعتاق والابراء والكفالة ، ولا تنطبق فى العقود التى لا تنقل الملكية ولا ترتب التزامات الا فى جانب واحد كالوديعة والعارية بدون أجر . والفرق بين العقد الباطل والفاسد أن البطلان جزاء اختلال اصل العقد كما رأينا أما الفساد فهو جزاء اختلال وصف العقد ، أى أن الباطل غير مشروع بأصله ووصفه اما الفاسد فهو مشروع بأصله دون وصفه واختلال الوصف يرد فى العقد على ستة امور:التراضى فيجب خلوه من الاكراه ، والمحل وتتصل به خمس مسائل هى ضرورة خلوه من الجهالة الفاحشة والضرر والغرر والربا والشرط الفاسد .

"ويختلف اثر العقد الفاسد قبل القبض عنه بعد القبض . فقبل القبض يستوى مع العقد الباطل . اما بعد القبض فلكل طرف التمسك بالفسخ . ولكنه فى البيع يفيد حكمه وينتج اثره فتنتقل الملكية للمشترى ويتحمل تبعة الهلاك . ولكن الملكية التى تنتقل هنا ملكية من نوع خاص تسمى بالملكية الخبيثة ، وهى تعطى صاحبها مكنة التصرف دون مكنة الانتفاع . فاذا اشترى قميصا فليس له لبسه أو جارية فلا يحل له وطؤها.اما التصرف قانونيا او ماديا فصحيح فلا يسترد البائع من المشترى الثانى بل تكون لهذا ملكية تامة : " وهكذا نرى الشخص

يعطى من الحقوق اكثر مما له فى حين ان القاعدة ان فاقد الشىء لا يعطيه وان الشخص لا يستطيع ان يعطى أكثر مما يملك . ومع ذلك فهذا النوع من الملكية يلعب دورا بالغ الخطورة والأهمية وذلك على الأخص فى مجال حماية الغير الذين يتعاملون مع صاحب الملكية الخبيثة كمن يشترى منه الشىء ويرتهنه . فهؤلاء الغير يرون انفسهم فى مأمن تام من نتائج فساد عقد السلف اذ لا يستطيع من ملك هذا السلف (كالبائع له مثلا) ان يسترد الشىء من بين ايديهم استنادا الى فساد العقد . وتبرز اهمية هذه الحماية للغير اذا علمنا ان اسباب فساد العقود كثيرة تحت ظل الفقه الاسلامى الحنفى وكثيرا ما يجهل الغير بوجود سبب يشوب عقد من يتعاملون معه . ثم ان اسباب الفساد ترجع الى مجرد اوصاف تلحق العقد او وصف العقد . ومن ثم كثيرا ما تدق على الغير معرفة هذه الاسباب ، بل كثيرا ما تدق هذه المعرفة حتى على العاقدين نفسيهما . من هنا وهناك كان الغير الذين يتعاملون مع مكتسب الملكية بعقد فاسد اى صاحب " الملكية الخبيثة " كما يقولون فى حاجة ماسة للحماية . وتجىء نظرية فساد العقد فى الفقه الحنفى توفر تلك الحماية لهم . بل انها على ما يبدو تسرف فى اضفاء الحماية عليهم لأنها لا تفرق وفق ما استبان لنا من كتابات الفقهاء بين الغير حسنى النية اى الذين يجهلون سبب الفساد والغير سيىء النية اى اولئك الذين يعلمون بفساد عقد مملكهم . على أية حال لا يملك المنصف الا ان يحنى هامته اجلالا وتقديرا للفقه الاسلامى فمثلا فى الفقه الحنفى حيث عمد من اكثر من اثنى عشر قرنا من الزمان الى غاية بالغة السمو وهى حماية الغير استقرارا للمعاملات بين الناس وان

كان فى حيز محدود مقصور على من يتعاملون مع مكتسب الملكية بمقتضى عقد فاسد وان كانت الوسيلة التى استخدمت يمكن ان يقال عنها انها لا تبلغ حد الاتقان من حيث تمشيها مع اصول الفن الحديث فى الصياغة . بل ان عبقرية الفقه الاسلامى تبرز بشكل أوفى اذا لاحظنا ان فى الفقه المالكى اتجاها واضحا لتعميم الحماية على الغير الذين يتعاملون مع شخص يكون قد توصل الى الشىء نتيجة عقد باطل .. وايا ما كان الامر فان عبقرية الفقه الاسلامى فى المجال الذى نحن بصدده لا يمكن ان تقدر حق قدرها الا اذا لاحظنا ان الفقه الأوربى لم يعمد الى حماية الغير الذين يتعاملون مع شخص لايتفق ظاهرحاله مع حقيقته من حيث ملكيته للشىء الذى يتعاملون معه فيه الا فى وقت متأخر جدا يبعد بأكثر من اثنى عشر قرنا من الزمان وذلك بمقتضى نظرية اخذت تتغلغل فى خبايا القانون المعاصر، وان كانت لم تستقر بعد وترسخ بشكل مطلق تام ، وهذه هى نظرية المظهر الخادع يحمى المخدوع او كما يقال عادة وبعبارة اكثر شيوعا وان كانت اقل دقة : الغلط الشائع يولد الحق "error communis Facit jus" (١) .

وبعد مرحلة الانعقاد ومرحلة الصحة تأتى مرحلة نفاذ العقد ثم مرحلة لزومه . ويقصد بنفاذ العقد الا يكون موقوفا عند الحنفية والمالكية . اما الشافعية فلا يأخذون بفكرة العقد الموقوف وكذا المذهب الحنبلى فى مجموعه وان كانت هناك رواية عن الامام أحمد بن حنبل

---

(١) عبدالفتاح عبدالباقى : ص ٥١٣ - هامش رقم ٣

يأخذ فيها بالعقد الموقوف ، واسباب وقف العقد هى نقص الأهلية من ناحية وتعلق حق للغير بالعقد من ناحية اخرى . فتصرفات الصغير المميز والمعتوه والسفيه وذى الغفلة بعد الحجر تتوقف على اجازة الولى اذا كانت تصرفات دائرة بين النفع والضرر . والعقد المتعلق به حق للغير موقوف على اجازة هذا الغير كبيع الفضولى اى بيع ملك الغير (١) ، وبيع الشيء المؤجر موقوف على اجازة المستأجر وبيع الراهن على اجازة المرتهن وبيع النائب على اجازة الاصيل وهكذا . والعقد الموقوف لا ينتج اثرا فى فترة الايقاف وهو يختلف عن العقد القابل للابطال فى انه لا ينتج اثرا حتى يجاز بينما القابل للابطال ينتج آثاره الى ان يقضى ببطلانه . اما مرحلة لزوم العقد فالمقصود بها ان يكون العقد عاريا عن الخيارات منها خيار الشرط وخيار الوصف وخيار العيب وخيار الرؤية وخيار التعيين (٢) .

---

(١) يحذر الدكتور عبدالفتاح عبدالباقى من الخلط بين مدلول الفضولى فى الشريعة وفى القانون فالفضولى فى لغة الأولين من الفضول اى التطفل فى حين ان الفضولى أو الفضالة فى القانون المعاصر اريد لهما ان يكونا من الفضل اعتبارا بأن الفضالة تتمثل فى قيام الشخص عن قصد بأمر عاجل لمصلحة آخر دون ان يكون ملزما بذلك قانونا وشتان بين الفضل والفضول : عبدالباقى : هامش صفحة٥١٧ .

(٢) انظر فى شرح هذه الخيارات : ابوزهرة : الملكية ونظرية العقد : الفقرات ٢٢٢ – ٢٤٧ – ص ٤٢٥ – ٤٥٣ .

الباب الثالث
آثار التصرف القانونى

٢٧٧ – هناك قاعدة تقليدية تقول إن آثار التصرف القانونى نسبية . ويقصد بهذه القاعدة أن التصرف القانونى نسبى من حيث الأشخاص ، فلا يلتزم بما ينشأ عنه من إلتزامات سوى أطرافه الذين ساهموا فى إبرامه بأنفسهم أو بواسطة من يمثلونهم . أما غيرهم فلا يلتزم بشىء مما يرتبه التصرف ما دام لم يكن طرفا فيه . ونفس الشىء كان يقال بالنسبة إلى الحقوق الناشئة عن التصرف فلا يفيد التصرف شخصا لم يكن طرفا فيه ، وإنما يفيد أطرافه وحدهم .

ويقصد كذلك بالقاعدة المشار إليها أن الأطراف لا يلتزمون إلا بما ينشأ عن تصرفهم من إلتزامات ، فلا يتعدى الأمر إلى إلتزامات أخرى لا يرتبها التصرف أو لم تنصرف إليها إرادة الأطراف صراحة أوضمنا وهذا هو ما يعبر عنه بنسبية أثر التصرف من حيث الموضوع.

وعلى ذلك فإن قاعدة نسبية أثر التصرف تبحث من زاويتين . زاوية الأشخاص ، وزاوية الموضوع ، ومن اجل ذلك نقسم هذا الباب إلى فصلين :

الفصل الأول : فى نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص .

والفصل الثانى : فى نسبية أثر العقد من حيث الموضوع .

ويشمل الكلام فى هذين الفصلين العقد والإرادة المنفردة سويا .

الفصل الأول
نسبية أثر التصرف من حيث الأشخاص

٢٧٨ – قلنا إن التصرف نسبى الأثر من حيث الأشخاص ، فلا يلزم إلا أطرافه ، ويعتبر فى حكم طرفى التصرف من يمثله كل طرف ، فالتصرف تذهب آثاره إلى المتعاقد وإلى الخلف العام للمتعاقد وإلى الخلف الخاص والدائنين أحيانا .

وأثر العقد لا ينصرف إلى غير المتعاقدين ، فلا يلزم من لم تشارك إرادته فى إبرامه بذاتها أو بمن يمثلها ، وهذا يدعو إلى معرفة متى يجوز التعهد عن الغير وما هو مداه ؟ ومع ذلك فإن أثر العقد ينتقل إلى الغير أحيانا : فالصلح مع المفلس يسرى على جميع الدائنين حتى من لم يوافق عليه أو لم يشترك فى عمله وعقد العمل الجماعى يسرى على طائفة من العمال حتى من لم يوافق عليه منهم وتصرفات الوارث الظاهر تسرى فى مواجهة الوارث الحقيقى إذا كان المتصرف إليه حسن النية (١) .

واستثناء يمكن أن ينصرف أثر التصرف إلى الغير إذا كان أثرا ايجابيا (أى حقا مترتبا على العقد) وذلك هو الإشتراط لمصلحة الغير .

---

(١) عبدالفتاح عبدالباقى : فقرة ٢٨٩ ص ٥٨٤ .

ولدراسة هذا الموضوع سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين :

المبحث الأول : فى إنصراف أثر التصرف إلى المتعاقدين .
والمبحث الثانى : فى إنصراف أثر التصرف إلى الغير .

ويدخل فى المبحث الأول موضوع الخلف العام والخلف الخاص والدائنين وفى المبحث الثانى موضوع التعهد عن الغير والإشتراط لمصلحة الغير .

المبحث الأول
إنصراف أثر العقد إلى المتعاقدين

٢٧٩ – لا يعتبر الدائن خلفا عاما ولا خلفا خاصا للمدين . ومع ذلك قد ينصرف إليه أثر العقد ، لا بمعنى أن يتحمل بالتصرف القانونى الذى يبرمه المدين ؛ حقوقا وإلتزامات ، ولكن بمعنى أن هذا التصرف يؤثر على حق الدائن ، فإذا زاد التصرف فى حقوق المدين كان أثره فى إستفادة الدائن أن دينه يكون أيسر إقتضاء ، وإذا انقص التصرف من حقوق المدين كان أثره صعوبة أو ربما استحالة إقتضائه الدين . والتصرف لا يرتب فى حق الدائن أثرا باعتباره تصرفا قانونيا ، وإنما يرتب تلك النتائج باعتباره واقعة مادية . وهذا هو الفرق بين وضع الدائن ووضع الخلف العام والخلف الخاص للمتعاقد . ولذلك نجد فى يد الدائن وسائل يبعد بها أثر التصرف عن نفسه إن كان أثرا سيئا . فإذا

كان التصرف صوريا ومن شأنه الإضرار به كان غير نافذ فى مواجهته. وإذا كان عن تواطؤ بقصد الإضرار به كان له أن يطعن فيه بدعوى عدم نفاذ التصرفات (الدعوى البوليصية) ليصل من ذلك إلى إعتباره غير نافذ فى مواجهته فلا يمنعه من إقتضاء حقوقه فى ذمة المدين (١) .

بقى أن نعرف أثر العقد بالنسبة إلى الخلف العام والخلف الخاص ، ولكل من هذين الموضوعين سنخصص مطلبا مستقلا من هذا المبحث .

المطلب الأول
الخلف العام

٢٨٠ – نص قانونى : تنص المادة ١٤٥ مدنى على أن . " ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام " (٢) .

---

(١) السنهورى : الوجيز – ص ٢٠٧ هامش رقم ١ .

(٢) يقابل هذا النص فى التقنينات العربية الأخرى ما يلى من النصوص : فى التقنين الليبى المادة ١٤٥ مدنى (مطابقة) ، فى القانون السوررى المادة ١٤٦ مدنى (مطابقة) ، فى القانون العراقى المادة ١/١٤٢ مدنى (موافقة) – فى القانون اللبنانى : المادة ٢٢٢ موجبات موافقة – فى القانون الكويتى : المادة ٢٠١ موافقة – وفى القانون الجزائرى المادة ١٠٨ موافقة .

ينص الفصل ٢٨٨ من تقنين الإلتزامات والعقود المغربى على أن : –

٢٨١ – الخلف العام L'ayant cause à titre uniersel هو من يخلف سلفه فى مجموع أمواله l'univeralité des biens أو نسبة منها quote part . فيعتبر خلفا عاما للوارث لأنه أما أن يتلقى التركة كلها كمجموع أو أن يتلقى جزءا منها كمجموع كذلك . ويعتبر خلفا عاما الموصى له بنسبة من التركة كالثلث أو السدس أو الخمس (١) أما الموصى له بعين معينة من التركة ، فهو خلف خاص كما سنرى فى المطلب التالى .

والخلف العام بهذا المعنى ينصرف إليه أثر العقد ، لأن المتعاقد (السلف) لا يمثل نفسه فى التعاقد فقط ، بل ويمثل خلفه العام كذلك . ولكن يجب أن يلاحظ الفرق بين النيابة التى يمثل فيها شخص شخصا آخر لتنتج الآثار فى ذمة الآخر لا فى ذمته هو ، وبين المتعاقد الذى ينصرف أثره إلى ذمة السلف ثم الخلف العام ، فالسلف ليس نائبا عن الخلف وإنما هو الأصيل ، وعندما ينتقل الأثر إلى الخلف ينتقل إليه باعتباره أنه يخلف هذا السلف فيما له وما عليه أى فى ذمته المالية كلها

– " الإلتزامات لا تلزم إلا من كان طرفا فى العقد ، فهى لا تضر الغير ولا تنفعهم إلا فى الحالات المذكورة فى القانون ". وينص الفصل ٢٨٩ من نفس التقنين على أن : " تنتج الإلتزامات أثرها لا بين المتعاقدين فحسب ، ولكن أيضا بين ورثتهما وخلفائهما ما لم يكن العكس مصرحا به أو ناتجا عن طبيعة الإلتزام أو عن القانون ، ومع ذلك فالورثة لا يلتزمون إلى فى حدود أموال التركة وبنسبة مناب كل واحد منهم .

" وإذا رفض الورثة التركة ، لم يجبروا على قبولها ولا على تحمل ديونها ، وفى هذه الحالة ليس للدائنين إلا أن يباشروا ضد التركة حقوقهم " .

(١) ويل وترية : فقرة ٥٠٧ ــ ص ٥٦٦ ؛ السنهورى : الوجيز ــ فقرة ٢٢٨ ــ ص ٢٠٧ ؛ الكزبرى : فقرة ٢٠٢ ــ ص ٢٥٢ ــ ص ٢٥٣ .

أو فى نسبة منها (١) .

وأثر التصرف ينصرف إلى الخلف العام ، بمعنى أن ما يترتب على التصرف من حقوق وإلتزامات ينتقل إلى الوارث بعد وفاة المورث ولا يثور أى مشكل فى تمتع الوارث بالحقوق . أما الذى يثير التساؤل فهو مدى إلتزامه بديون المورث ، وحكم الشريعة الإسلامية فى هذا هو أن التركة لاتنتقل إلى الوارث كحقوق إلا بعد أن يتم منها سداد الديون، وهذا هو معنى القاعدة الشرعية : لا تركة إلا بعد سداد الديون (٢) . ومؤدى هذا أنه إذا قسمت حقوق التركة بين الورثة بقى كل منهم مسئولا عن ديونها فى حدود النصيب الذى تلقاه من حقوقها . ولكن لا يسأل الوارث فى أمواله الخاصة الأخرى عن ديون مورثه ، وللوارث أن يرفض التركة ويتركها للدائنين ينالوا منها حقوقهم .

ويخلص من هذا أن الوارث لا يلتزم بديون التركة عند تلقيه إياها إلا فى حدود ما نال من حقوق منها .

ولا يلزم سريان عقد السلف على خلفه العام أن يكون ثابت التاريخ . ولا يكون للخلف من أدلة الإثبات فى مواجهة المتعاقد مع سلفه إلا ما كان لهذا الأخير منها (٣) .

---

(١) بلانيول وريبير واسمان : المجلد السادس ـ القسم الأول ـ فقرة ٣٢٨ ـ ص ٤١٨ .

(٢) جمال زكى : فقرة ١٣٩ ـ ص ٢٥٠ .

(٣) عبدالفتاح عبدالباقى : فقرة ٢٨٦ ـ ص ٥٧٣ .

٢٨٢ – ومع أن الأصل هو إنتقال الحقوق والإلتزامات إلى الخلف العام إلا أن هذا الخلف – مع بقائه خلفا – لا تنتقل إليه آثار العقد فى ثلاث حالات :

الأولى : إذا نص القانون على عدم إنتقالها : مثال ذلك إنقضاء الشركة بموت أحد الشركاء (المادة ٥٢٨ مدنى مصرى) وإنقضاء الوكالة بموت الموكل أو الوكيل (المادة ٧١٤ مدنى مصرى) والوصية لا تكون إلا فى حدود ثلث التركة ويعتبر التصرف فى مرض الموت تبرعا وصية (المادة ١/٩١٦ مدنى مصرى) .

الثانية : إذا إتفق المتعاقدان على عدم إنتقالها . فقد يمنح البائع للمشترى أجلا لسداد الثمن ، ويتفق مع المشترى على ألا يستفيد ورثة المشترى بهذا الأجل .

الثالثة : إذا كان الحق بطبيعته لا ينتقل إلى الخلف العام ؛ كما هو الحال فى حق الإنتفاع فهو ينتهى بوفاة المنتفع لا ينتقل إلى الخلف العام . (٣) ، (٤) .

---

(٣) السنهورى : الوجيز – فقرة ٢٣٠ – ص ٢٠٩ ، الكزبرى : فقرة ٢٠٤ – ص ٢٥٦ – ص ٢٥٧ .

(٤) يقول الدكتور عبدالفتاح عبدالباقى عن خلافة الشخص المعنوى لنظيره : " والخلافة العامة ليست مقصورة على الشخص الطبيعى أو الإنسان . فقد تكون أيضا فى شأن الشخص الإعتبارى . ويحصل ذلك فى الحالة التى يفنى –

وهناك بعض تصرفات المتعاقد يعتبر خلفه العام بالنسبة لها مـن الغير فلا تسرى فى مواجهته . ومن ذلك فى القانون المصرى تصـرف المريض مرض الموت فى أمواله كلها على سبيل التبرع ، فـلا يسـرى هذا التصرف فى حق الورثة إلا فى حدود ثلث التركـة ، ولكنـه ينفذ فيما زاد عن الثلث فقط إذا أقره الورثة (١) . ويعتبر الورثـة من الغير

- فيها شخص إعتبارى بكل ذمته المالية ، أى بكل ما له من حقوق ومـا عليه من إلتزامات ، فى شخص إعتبارى آخر ، سواء أكـان هذا الأخير موجـودا من قبل ، أم نشأ بعد فنـاء الأول فيـه . وهذه على وجـه الخصـوص هـى حالـة الإندماج . وأبرز تطبيقاتها العملية إندمـاج شركة فى أخرى . فشـخصية الشـركة المندمجة تزول وتفنى فى شخصية الشركة الدامجة ، وتئول كل حقـوق وإلتزامـات الأولى للثانية . وهكذا تخلـف الشـركة الدامجـة الشـركة المندمجـة فـى كـل حقوقهـا وإلتزاماتها ، أى أنها تعتبر خلفا عاما لها .

وقضت محكمة النقض : " وحيث إنـه لمـا كـان إدمـاج الشـركات بطريـق الضم يترتب عليه ... أن تنقضى الشركة المندمجة وتتمحـى شـخصيتها الإعتباريـة وذمتها المالية ، وتحل محلها الشركة الدامجة فيمـا لهـا مـن حقـوق ومـا عليهـا مـن إلتزامات ، وتخلفها فى ذلك خلافة عامة ، ومن ثـم تختصـم وحدهـا فـى خصـوص الحقوق والديون التى كانت للشركة المندمجة أو عليها . وقـد أكـدت المـادة ٤ مـن القـانون رقـم ٢٤٤ لسنة١٩٦٠.... ذلك الأصـل مـالم يتفق علـى خلافـه فـى عقـد الإندماج .... " .

وقد طبقت محكمة النقض فكرة الخلافة العامة الناتجـة مـن الإندمـاج علـى الجميعات ، قاضية بأن الجمعية الدامجة تخلف الجميعة المندمجة خلافة عامة .

ولكن محكمة النقض رفضت إعمال فكرة الخلافة فى حالة التأميم وقد ورد هذا الحكم فى خصوص تأميم مستشفى المؤاساة وأيلولتهـا إلـى المؤسسـة العلاجيـة لمحافظة الإسكندرية ، وخلص إلى عدم مسئولية هذه الأخيرة عن ديـون الأولـى . ولا نرى سندا لهذا الحكم من القانون . فالمؤسسة المؤممة تنتقل إلى الدولة بما لهـا من حقوق وما عليها من إلتزامات ، ما لم يقض القانون بغير ذلك .

عبدالفتاح عبدالباقى : هامش رقم ١ فقرة ٢٨٥ .

(١) السنهورى : الوجيز ـ فقرة ٢٣١ ـ ٢٠٩ .

بالنسبة إلى هذا التصرف فلا يحتج عليهم بتاريخه إذا لم يثبت بوجه رسمى . ويلاحظ أن حق النقض فى الإشتراط لمصلحة الغير لا ينتقل إلى ورثة المشترط (١) .

المطلب الثانى
الخلف الخاص

٢٨٣ – نص قانونى : تنص المادة ١٤٦ من التقنين المدنى المصرى على أنه " إذا أنشأ العقد إلتزامات وحقوقا شخصية تتصل بشىء إنتقل بعد ذلك إلى خلف خاص ، فإن هذه الإلتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف فى الوقت الذى ينتقل فيه الشىء ، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف يعلم بها وقت إنتقال الشىء إليه " (٢) .

٢٨٤ – الخلف الخاص هو من يتلقى عينا معينة او حقا عينيا

---

(١) عبدالفتاح عبدالباقى : فقرة ٢٨٦ ـ ص ٥٧٣ وما بعدها .

(٢) يقابل هذا النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى ، ما يلى من النصوص :

ـ فى القانون السورى : المادة ١٤٧ مدنى مطابقة .
ـ فى القانون الليبى : المادة ١٤٦ مدنى مطابقة .
ـ فى القانون العراقى : المادة ٢/١٤٢ مدنى مطابقة .
ـ فى القانون اللبنانى : لا مقابل له ولكن الحكم متفق مع القواعد العامة .
ـ فى القانون الكويتى : المادة ٢٠٢ مقاربة .
ـ فى القانون الجزائرى : المادة ١٠٩ موافقة .

على الشيء ، وعلى ذلك يعتبر خلفا خاصا المشترى بالنسبة للبائع ، فهو يخلفه فى ملكية المبيع ، والمنتفع فهو يخلف المالك فى حق الإنتفاع ، والموهوب له خلف خاص للواهب ، والمحال له يخلف المحيل (١) .

والإستخلاف لا يكون فى الحقوق العينية وحدها، بل يكون كذلك فى الحقوق الشخصية ، فالمحال له يخلف المحيل فى حق شخصى ، ولكن يجب التفرقة جيدا بين الخلف فى هذه الحالة وبين الدائن الذى له فى ذمة مدينه حق شخصى ، فالدائن ليس خلفا خاصا ، وإنما هو من الغير ، وعلى ذلك فإن المتنازل له عن الإيجار خلف خاص للمستأجر الأصلى ، أما المستأجر من الباطن فهو دائن للمستأجر الأصلى .

٢٨٦ ـ وقد أمكن للفقه أن يصوغ هذه المبادىء فى قواعد قانونية صالحة للتطبيق ، وذلك باتخاذ معيار لتحديد ما ينتقل إلى الخلف الخاص ، وهذا المعيار هو الذى تضمنه النص الذى سقناه فى صدر هذا المطلب ، ومؤداه أن الحقوق والإلتزامات تنتقل إلى الخلف الخاص عند إنتقال الشىء إذا كانت من مستلزماته ، وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت إنتقال الشىء إليه .

وتطبيقا لهذا المعيار ، تنتقل إلى الخلف الخاص الحقوق التى

---

(١) عبدالفتاح عبدالباقى : فقرة ٢٨٧ ص ٥٧٧ .

تعتبر من مستلزمات الشيء ، أى الحقوق التى تكمله ، ومن هذه الحقوق ، الحقوق العينية التى تتقرر لفائدة الشيء ، كما لو كان المبيع عقارا وكان له حق إرتفاق بالشرب على عقار مجاور أو حق إرتفاق بالمرور فى عقارات مجاورة . فمثل هذه الحقوق تنتقل . كذلك الحقوق التى تدرأ عن الشيء ضررا كالتأمين المعقود عليه . وينتقل الحق فى التأمينات الضامنة للحق الشخصى إذا نص على ذلك ، كحوالة الحق التى ينص فيها على إنتقال الحق فى الرهن أوالكفالة إلى الخلف الخاص.

وتطبيقا لنفس المعيار ، تنتقل إلى الخلف الخاص الإلتزامات التى تعتبر من مستلزمات الشيء ، وهى تعتبر كذلك إذا كانت تحدده . فإذا كان الشيء عقارا محملا بحق إرتفاق أو بقيد قانونى لفائدة عقار آخر انتقل الإلتزام بهذا الإرتفاق إلى الخلف الخاص . ولا شك فى أن ما يتعلق بالعقار من حقوق للغير وقيود على استعماله وإستغلاله والتصرف فيه ، كل ذلك يسهل معرفته من التسجيل العقارى بحيث يعتبر شهر شيء من ذلك دليلا على علم الخلف الخاص به بما لا يقبل إثبات العكس . أما إذا تعلق الأمر بمنقول ولم يعلم الخلف الخاص بما يقيده من إلتزامات ، فهو لا يتقيد بقيد لم يعلمه عند تلقيه الشيء فقد يرفض التعاقد لو علم بهذا الإلتزام وهذا العلم يغنى عن ثبوت التاريخ بوجه رسمى (١) . أما بالنسبة للحقوق فلا يلزم أن يتوافر عند تلقى

---

(١) فى قضية كانت وقائعها تتلخص فى أن شخصا تعهد بإقامة مبنى من ست طوابق ليؤجره لآخر فندقا وإلتزام بتركيب مصعد فيه ولكنه لم يفعل وباع العقار لإبنته فأقام المستأجر دعوى عليها يطلب أن تأذن له المحكمة بتركيب -

الشىء العلم الحقيقى بها ، وإنما يمكن القول أنه يفترض فيه قبولها لو علم بها (١) .

والفرض دائما فى إنتقال الحقوق المكملة والإلتزامات المحددة للشىء إلى الخلف الخاص ، أن يكون العقد الذى يتضمن تلك الحقوق والإلتزامات قد أبرم قبل إنتقال الشىء إلى الخلف الخاص (٢) . وأن تكون تلك الحقوق والإلتزامات كما رأينا متعلقة بالشىء ، وبالنسبة إلى الإلتزامات بالذات يجب أن يكون الخلف عالما بها عند إنتقال الشىء إليه علما يقينيا ولا يكفى أن يكون فى إمكانه أن يعلم بها (٣) .

المبحث الثانى
انصراف أثر العقد إلى الغير

٢٨٧ – ذكرنا فيما سبق أننا سنعرض فى هذا المبحث للتعهد عن الغير والإلتزام عن الغير بشرط الإقرار (وهى صورة ينفرد بها القانون المغربى) . والإشتراط لمصلحة الغير . ولذا نقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

– المصعد خصما من الأجرة وادعت البنت ان عقد المستأجر غير ثابت التاريخ قبل إنتقال الملكية إليها فرفضت محكمة النقض هذا الإدعاء إذ ثبت علمها قبل إنتقال الملكية بالإلتزام بالمصعد وهذا يغنى عن ثبوت التاريخ بوجه رسمى يقوم مقامه . عبدالباقى : ص ٥٧٨ هامش رقم ٢ .

(١) سليمان مرقس : فقرة ٦٧٩ ـ ص ٣٨٦ ـ ص ٣٨٧ .

(٢) السنهورى : الوجيز ـ فقرة ٢٣٢ ـ ص ٢١٠ .

(٣) عبدالفتاح عبدالباقى : ص ٥٨٢ .

المطلب الأول : فى التعهد عن الغير والإلتزام عن الغير على شرط الإقرار .

والمطلب الثانى : فى الإشتراط لمصلحة الغير .

المطلب الأول
التعهد عن الغير
والإلتزام عن الغير بشرط الإقرار

٢٨٨ – نص قانونى : فى التقنين المدنى المصرى تنص المادة ١٥٣ على أنه . " ١– إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بتعهده . فإذا رفض أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه ، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الإلتزام الذى تعهد به .

" ٢ – أما إذا قبل الغير هذا التعهد ، فإن قبوله لا ينتج أثرا إلا من وقت صدوره ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذى صدر فيه التعهد " (١) .

---

(١) يقابل هذا النص فى التقنينات العربية الأخرى ، مايلى من النصوص

– فى القانون الليبى : المادة ١٥٥ مدنى مطابقة .
– فى القانون السورى : المادة ١٥٤ مدنى مطابقة .
– فى القانون العراقى : المادة ١٥١ مدنى مطابقة .

٢٨٩ – هذه النصوص تعطينا صورتين للتصرف الذى ينصرف الجانب السلبى فيه إلى غير أطرافه . ولكنهما صورتان مختلفتان بعض الشيء فى أحكامهما :

الصورة الأولى هى الواردة فى النص المصرى : صورة التعهد عن الغير وهى صورة لم يرد لها مقابل فى القانون المغربى وإن كانت القواعد العامة فيه لاتحول دون الأخذ بها ، ولاتحول دون تطبيق

– فى القانون اللبنانى : المادتان ١٦٣ ، ٢٢٦ موجبات موافقتان .

– فى القانون الكويتى : المادة ٢٠٤ مدنى موافقة .

– فى القانون الجزائرى : المادة ١١٤ مدنى موافقة .

ينص الفصل ٣٦ من تقنين الإلتزامات والعقود المغربى على أنه : " يجوز الإلتزام عن الغير على شرط إقراره إياه . وفى هذه الحالة يكون للطرف الآخر أن يطلب قيام هذا الغير بالتصريح بما إذا كان ينوى إقرار الإتفاق . ولا يبقى هذا الطرف ملتزما إذا لم يصدر الإقرار داخل أجل معقول على أن لا يتجاوز هذا الأجل خمسة عشر يوما بعد الإعلام بالعقد " .

وينص الفصل ٣٧ من نفس التقنين على أن " يعتبر الإقرار بمثابة الوكالة ، ويصح أن يجىء ضمنيا وأن ينتج من قيام الغير بتنفيذ العقد الذى أبرم باسمه .

" وينتج الإقرار أثره فى حق المقر فيما يرتبه له وعليه من وقت إبرام العقد الذى حصل إقراره ما لم يصرح بغير ذلك ولا يكون له أثر تجاه الغير إلا من يوم حصوله " .

وينص الفصل ٣٨ كذلك على أنه " يسوغ استنتاج الرضى أو الإقرار من السكوت ، إذا كان الشخص الذى يحصل التصرف فى حقوقه حاضرا ، أو أعلم بحصوله على وجه سليم ولم يعترض عليه من غير أن يكون هناك سبب مشروع يبرر سكوته " .

الأحكام المتعلقة بها والتى وردت فى كثير مـن التشـريعات الأخـرى . والصورة الثانية هى الواردة فى النصوص المغربية المذكورة بالهامش، وهى الإلتزام عن الغير بشرط إقراره للإلتزام . وسنبدأ بعـرض التعهـد عن الغير وأحكامه ، ثم نبين الإلتزام عن الغير بشرط الإقـرار والفـرق بينه وبين التعهد عن الغير :

٢٩٠ – التعهد عن الغير Promesse de porte Forte معنـاه أن يتعهد شخص بأن يحمل شخصا آخر على قبول تعـاقد معيـن . فـإذا كان الورثة مثلا قد وجدوا فرصة لبيع عقار ورثوه بثمن أغراهم بتوقيع الصفقـة علـى الفـور ، وكـان أحدهـم غائبـا ، فـإنهم يتعهـدون للمشـترى بحمل الوارث الغائب على القبول عند حضوره . فهم يبرمون عقد بيـع بالنسبة لأنصبتهم ، وعقد تعهد عن الغير بالنسبة إلى الـوارث الغـائب . ويعتبر هذا العقد الأخـير إيجابـا موجهـا إلـى الـوارث الغـائب فـإن قبلـه انعقد عقد جديد بينه وبين المشترى ، والتزم به – وأن لم يقبله فلا يلتزم بشىء ، لأنه لا يلتزم إلا بإرادته .

٢٩١ – تمييز التعهد عن الغير عما يشتبه به : التعهد عن الغير يتعاقد فيه المتعهد باسمه هو لا باسـم الشـخص الـذى يـراد حملـه علـى التعاقد .

وعلى ذلك فهو الـذى يلـتزم بهـذا العقـد وليـس الشـخص الآخـر ملتزما بشىء على الإطلاق . وفى هذا يختلف المتعهد عن الغير ، عـن

النائب والفضولى . فالنائب يتعاقد باسم الأصيل ، وتصرفه يلزم الأصيل ، والفضولى يعمل باسم الغير الذى يسمى رب العمل . فإذا أقر رب العمل تصرف الفضولى إلتزم به وكان لإقراره أثر رجعى ، أما الغير ، حتى لو قبل التعهد ، فإن قبوله ينتج أثرا فوريا ولا يكون له أثر رجعى ، إلا إذا تبين أنه قصد أن يلتزم بأثر رجعى . والفضولى يتولى بعمله شأنا عاجلا وضروريا للغير ، أما المتعهد عن الغير فلا يتولى شيئا من ذلك ، بل الأصل أنه يقوم بهذا التعهد لمصلحة المتعاقد معه لا لمصلحة الغير الذى يراد حمله على التعاقد .

ويختلف المتعهد عن الغير عن الكفيل ، فالكفيل لا يلتزم بإيجاد الدين أو بإنشائه ، وإنما هو يضمن تنفيذه بعد نشوئه . وعلى العكس من ذلك فالمتعهد عن الغير يضمن نشوء الإلتزام على عاتق الغير ، ولا يضمن تنفيذه بعد نشوئه .

والمتعهد عن الغير يختلف عن الإشتراط لمصلحة الغير ، فالمتعهد لا يلزم الغير ، ولو انصب التزام المتعهد على إنشاء التزام على عاتق الغير دون إرادته ، لكان محل هذا الإلتزام مستحيلا إستحالة مطلقة فيبطل الإلتزام.أما الإشتراط لمصلحة الغير ، فهو يرتب الحق للغير دون إشتراط قبوله ، ويرجع ذلك إلى أن الحق يفيد هذا الغير ، فلا بأس بأن يترتب الحق فى ذمته ، على أن يكون له أن يرفضه إذا شاء . أما إلزام الغير بشىء فلابد فيه من توافر رضاه به ، إحتراما

لحريته وإرادته . ومن هنا لم يكن التعهد عن الغير ، ملزما هذا الغير بشيء إلا بعد أن يقبله .

٢٩٢ – مصير التعهد عن الغير : ينتهي التعهد عن الغير بإحدى نهايتين لا ثالثة لهما : أما أن يقبل الغير التعهد أو أن يرفضه .

الحالة الأولى : قبول الغير التعهد : إذا قبل الغير التعهد صراحة أو ضمنا التزم به ، فإن كان بيعا إلتزم بنقل الملكية ، وبضمان الإستحقاق والتعرض والعيوب الخفية ، ونشأت له كذلك حقوق البائع فى إقتضاء الثمن . وإذا كان موضوع التعهد إلتزاما بعمل أو بامتناع عن عمل ، إلتزم الغير بهذا العمل أو الإمتناع . والغير يلتزم بهذا الإلتزام بعقد جديد يتم بينه وبين الدائن فى عقد التعهد ، فهو لا يلتزم بعقد التعهد ، بل إن هذا العقد ينقضى بالوفاء ، لأن المتعهد يعتبر قد وفى بإلتزامه فى اللحظة التى قبل فيها الغير التعهد . فينقضى العقد الأول وينشأ العقد الثانى . وعلى ذلك فإن هذين العقدين كما نرى مختلفان تمام الإختلاف . فالتعهد والعقد الجديد مختلفان أطرافا ، مختلفان محلا ، وذلك أن محل إلتزام المتعهد هو القيام بعمل هو حمل الغير على التعاقد أما محل إلتزام الغير فقد يكون عملا أو امتناعا أو اعطاء . وهما مختلفان أخيرا فى وقت إنعقادهما وفى وقت إنقضائهما .

الحالة الثانية : رفض الغير للتعهد : إذا رفض الغير التعهد وهذا من حقه طبقا لمبدأ سلطان الإرادة ــ فلا يلتزم بشيء . ولكن

يكون المتعهد مسئولا قبل دائنه عن عدم تنفيذ تعهده . وعلى ذلك يلزم بأن يؤدى إليه تعويضا عن الضرر الذى أصابه نتيجة للرفض . ولكن قد لا يكون شخص الغير موضع إعتبار ، ويستوى أن يقوم بالإلتزام المطلوب المتعهد أو الغير . وعندئذ يمكن أن يقوم المتعهد بتنفيذ الإلتزام بنفسه ، ويكون الإلتزام إلتزاما بدليا . فالإلتزام الأصلى أداء التعويض ، ولكنه يبرأ منه إذا نفذ الإلتزام بنفسه (١) .

٢٩٣ – الإلتزام عن الغير بشرط الإقرار (٢) la stipulation pour un tiers sous reserve de ratification فى هذه الصورة التى جاء بها تقنين الإلتزامات والعقود المغربى ، يقوم شخص بالتعاقد على إلتزام باسم الغير ولكن طبقا لمبدأ سلطان الإرادة كذلك ، لا يلتزم الغير بهذا الإلتزام إلا إذا أقره . ومثال ذلك أن تكون سلطات الوكيل أضيق من أن تتسع لتصرف معين ، كأن يكون مكلفا بإدارة أموال معينة للموكل فيجد فرصة لبيعها بثمن كبير فيبرم البيع باسم الموكل ، فلا تتصرف آثار البيع إلى ذمة الموكل إلا إذا أقره . او أن أباه يريد بيع مال من أمواله ، ولكن الثمن الذى يريده لم يقبله أحد . فعثر الإبن على من يشترى هذا المال بالثمن الذى يطلبه أبوه أو بأكثر منه . فيبرم البيع باسم أبيه ، ويكون معلقا كذلك على إقرار الأب .

---

(١) السنهورى : الوجيز : فقرة ٢٤٤ ـ ٢١٩ .

(٢) تسميه المادة ٤٠ من تقنين الإلتزامات والعقود التونسى : " التعاقد فى حق الغير على شرط تصديقه " وهى موافقة للمادة ٣٦ من التقنين المغربى .

وهذه الصورة تتفق مع صورة الوكالة التى يجاوز فيها الوكيل حدود سلطانه ، فى أن الأصيل أو الغير فيهما لا يلتزم بالتصرف ، ولكن فى الإلتزام عن الغير لا يلزم أن يكون الملتزم وكيلا بل يمكن أن يكون شخصا لا تربطه بالغير صلة .

ويختلف الإلتزام عن الغير عن الفضالة كذلك فى أن الملتزم وإن كان يعمل باسم الغير إلا إنه لا يلزم أن يكون قائما بشأن عاجل وضرورى لحساب الغير .

ويختلف الإلتزام عن الغير ، عن التعهد عن الغير ، فى أن الملتزم يتعاقد باسم الغير ، أما المتعهد فيتعاقد باسمه هو . وأن الملتزم لا يتحمل بالإلتزام ، أما المتعهد فهو يلتزم بحمل الغير على التعاقد . وأن الملتزم لا يكون مسئولا عن رفض الغير إقرار التصرف إلا إذا إتفق على غير ذلك . أما المتعهد فهو يكون مسئولا عن التعويض عند رفض الغير . وأن الملتزم لا ينقضى عقده ، بل ينتج أثره فى ذمة الغير بإقراره إياه ، بينما المتعهد ينقضى عقده بالوفاء عند قبول الغير للتعهد . وأخيرا فإن إقرار الغير يستند بأثر رجعى إلى الماضى فى صورة الإلتزام عن الغير إلا إذا صرح بغير ذلك ولكن لا يكون له أثر رجعى فى حق سواه ، بينما لا يكون للقبول أثر رجعى فى التعهد عن الغير إلا إذا إتجه قصد هذا الغير إلى ذلك .

وفى الإلتزام عن الغير بشرط الإقرار يقوم الطرف الآخر

بإخطار هذا الغير بتحديد موقفه من التصرف : هل يريد الإرتباط به فيقره أم لا يريد فيرفض إقراره ، فإذا لم يحدد الغير موقفه خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إعلامه بالتصرف اعتبر غير ملتزم به .

أما إذا أقر التصرف فإنه يلتزم به كما لو كان من إبرمه وكيلا عنه . ويمكن أن يكون إقراره صريحا أو ضمنيا . ويعتبر الإقرار ضمنيا ، إذا كان الغير قد قام بتنفيذ العقد الذى أبرم باسمه ، أو كان حاضرا أثناء التصرف فى حقوقه ولم يعترض ، أو تم اخطاره على وجه سليم بالتصرف فى حقوقه فلم يعترض ولم يكن ثمة مسوغ يبرر سكوته ، فيعتبر السكوت عندئذ إقرارا .

ولكن يشترط فى هذه الحالة أن يكون الغير حاضرا إبرام التصرف المتعلق به ، ثم أخطر على وجه سليم بعده فسكت ، فيؤخذ سكوته إقرارا . أما إذا لم يحضر إبرام التصرف فحكمه ما ورد فى الفصل ٣٦ أى لا يلتزم إذا مضت مدة خمسة عشر يوما دون أن يعلن إقراره .

ولا شك فى أن الإلتزام عن الغير يعتبر خطوة كبيرة خطاها المشرع المغربى نحو النظرية المادية فى الإلتزام ، فالمتعهد عن الغيرما زال يتقيد بالنظرية الشخصية حيث لا يتعاقد المتعهد إلا باسمه الشخصى ، أما فى الإلتزام عن الغير بشرط الإقرار فإن الملتزم يتعاقد باسم الغير . وهذا يعتبر خروجا على النظرية الشخصية فى الإلتزام .

وهذه الفكرة سوف نستفيد منها استفادة كبيرة فى تطوير فكرة الإشتراط لمصلحة الغير كما سنرى فى المطلب التالى .

المطلب الثانى
الإشتراط لمصلحة الغير

٢٩٤ ــ **نصوص قانونية** : تنص المادة ١٥٤ على أنه : " ١- يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على إلتزامات يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له فى تنفيذ هذه الإلتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية .

٢- ويترتب على هذا الإشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الإشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ما لم يتفق على خلاف ذلك ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التى تنشأ عن العقد .

٣- ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذى يجوز له ذلك .

وتنص المادة ١٥٥ مدنى مصرى على أنه : ١- يجوز للمشترط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشارطة قبل أن يعلن المنتفع

إلى المتعهد أو إلى المشترط رغبته فى الإستفادة منها ، ما لم يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد .

٢- ولا يترتب على نقض المشارطة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط ، إلا إذا اتفق صرحة أو ضمنا على خلاف ذلك . وللمشترط إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول كما له أن يستأثر لنفسه بالإنتفاع من المشارطة .

وأخيرا تنص المادة ١٥٦ مدنى مصرى على أنه . " يجوز فى الإشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو جهة مستقبلة ، كما يجوز أن يكون شخصا أو جهة لم يعينا وقت العقد . متى كان تعيينها مستطاعا وقت أن ينتج العقد أثره طبقا للمشارطة (١) .

٢٩٥ ـ يأتى الإشتراط لمصلحة الغير la stipulation pour autrui كالتعهد عن الغير ، استثناء من قاعدة تقليدية مؤداها أن العقد

---

(١) يقابل هذه النصوص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى ما يلى من النصوص :
ـ فى القانون الليبى : المواد ١٥٦ ـ ١٥٨ مدنى مطابقة .
ـ فى القانون السورى : المواد ١٥٥ ـ ١٥٧ مدنى مطابقة .
ـ فى القانون العراقى : المواد ١٥٢ ـ ١٥٤ مدنى مطابقة .
ـ فى القانون اللبنانى : المواد ٢٢٧ ـ ٢٣١ موجبات مقاربة .
ـ فى القانون الكويتى : المواد ٢٠٥ ـ ٢٠٨ موافقة .
ـ فى القانون الجزائرى : المواد ١١٦ ـ ١١٨ موافقة .

لا يفيد ولا يضر غير أطرافه (١) .

وقد نص على هذه القاعدة التقنين المدنى المصرى فى المادة ١٥٢ بقوله . " لا يرتب العقد إلتزاما فى ذمة الغير ، ولكن يجوز أن يكسبه حقا " .

فالنظرية الشخصية فى الإلتزام التى ترجع إلى القانون الرومانى ، كانت تأبى أن تتعلق آثار العقد بغير الأشخاص الذين أبرموه . وكما هو الشأن فى مثل هذا التقييد ، لابد وأن توجد طرق للتحايل عليه والخروج منه فكان الشخص يشترط لنفسه شيئا ويعطى لغيره الحق فى استلامه ، وأصبح مقررا لهذا الغير دعوى ضد المتعهد

---

(١) وفى هذا المعنى أيضا يقول الفصل ٢٢٨ من تقنين الإلتزامات والعقود . " الإلتزامات لا تلزم إلا من كان طرفا فى العقد ، فهى لا تضر الغير ولا تنفعهم إلى فى الحالات المذكورة فى القانون " .

ينص الفصل ٣٤ من تقنين الإلتزامات والعقود المغربى على أنه : " ومع ذلك يجوز الإشتراط لمصلحة الغير ولو لم يعين إذا كان ذلك سببا لإتفاق أبرمه معاوضة المشترط نفسه أو سببا لتبرع لمنفعة الواعد .

" وفى هذه الحالة ينتج الإشتراط أثره مباشرة لمصلحة الغير ويكون لهذا الغير الحق فى أن يطلب باسمه من الواعد تنفيذه وذلك ما لم يمنعه العقد من مباشرة هذه الدعوى أو علقت مباشرتها على شروط معينة " .

" ويعتبر الإشتراط كأن لم يكن إذا رفض الغير الذى عقد لصالحه قبوله مبلغا الواعد هذا الرفض " .

ويقضى الفصل ٣٥ بأنه ." يسوغ لمن اشترط لمصلحة الغير أن يطلب مع هذا الغير تنفيذ الإلتزام ما لم يظهر منه أن طلب تنفيذه مقصور على الغير الذى أجرى لصالحه " .

فى حالات معينة هى: الهبة التى اشترط فيها تكليف على عاتق الغير ، والإتفاق الذى يعطى الحق فى استرداد هبة زواج أو شىء مودع أو مقرض لدى الغير . وكان للمشترط أن يقاضى هذا الغير إذا كانت له مصلحة شخصية فى تنفيذ العقد (١) .

٢٩٦ – والإشتراط المصلحة الغير ليس عقدا معينا ، وإنما هو قالب قانونى تصب فيه عقود مختلفة ، قد تكون معاوضات أو تبرعات . وأوسع مجال لعمل نظرية الإشتراط لمصلحة الغير هو عقود التأمين . فالتأمين على الحياة لصالح الزوجة والأولاد ، والتأمين الإجبارى على السيارات لصالح الغير ، والتأمين على العقار ضد الحريق لمصلحة المرتهن كل ذلك تطبيقات لفكرة الإشتراط لمصلحة الغير . ويقع الإشتراط لمصلحة الغير فى عقود البيع والهبة ، فقد يهب شخص عقارا لآخر على أن يؤدى لشخص ثالث إيرادا مدى الحياة . أو يبيع شخص عقارا مرهونا على أن يؤدى المشترى الثمن إلى الدائن المرتهن أقساطا فى المواعيد المتفق عليها لسداد الدين . بل إن الإشتراط لمصلحة الغير يوجد فى العقود الإدارية ، كما هو الشأن فى عقود إلتزام المرافق العامة ، حيث تشترط جهة الإدارة على المتعاقد معها شروطا لمصلحة الجمهور .

٢٩٧– شروط توافر الإشتراط لمصلحة الغير: يتوافر الإشتراط

---

(١) بلانيول وريبير واسمان : فقرة ٣٥٢ ــ ص ٤٥٤ .

إذا كان المشترط يتعاقد باسمه ، وكان يشترط حقا مباشرا للمنتفع وكانت له مصلحة شخصية مادية أو أدبية من هذا الإشتراط . وإليك بيان كل من هذه الشروط :

٢٩٨ – أولا : تعاقد المشترط باسمه : يجب أن يتعاقد المشترط باسمه هو لا باسم المنتفع . وفى هذا يختلف المشترط عن الفضولى ، فالفضولى يتعاقد نيابة عن رب العمل ، أما المشترط فيتعاقد باسمه .

٢٩٩ – ثانيا : إشتراط حق مباشر للمنتفع : فحق المنتفع ناشىء من عقد لم يمر بذمة المشترط بل نشأ مباشرة من عقد الإشتراط ذاته . ومن القضايا الطريفة التى أدعى فيها بالحق المباشر أن الجمعية التعاونية لبناء المساكن لرجال القضاء والنيابة تعاقدت مع مقاول على أن يشيد فيلات بمواصفات محددة على أرض تملكها وذلك لحساب نفسها على أن تتسلم ما يشيد طبقا للمواصفات فيلا بفيلا وأنها صاحبة الحق فى الإعتراض على ما تلاحظه من مخالفات . رفع أحد أعضاء الجمعية دعوى على المقاول طالبا إزالة المخالفات المتعلقة بالفيلا التى إختص بها وإعادة البناء وفقا للمواصفات المبينة فى عقد المقاولة . دفع المقاول بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة لإنتفاء الرابطة العقدية بينه وبين المدعى وقضى ابتدائيا وإستئنافيا برفض الدفع وقبول الدعوى وحكم للمدعى بطلباته على أساس أن تعاقد الجمعية مع المقاول إشتراط لمصلحة الغير (أعضاء الجمعية) . ولكن محكمة النقض

نقضت الحكم لأنه لا يوجد إشتراط لمصلحة الغير إذ لا يبين من العقد صراحة أو ضمنا أن الجمعية اشترطت لصالح عضوها شخصيا أو بوصفه شخصا مستقلا أو يستطاع تعيينه وقت إنتاج العقد أثره . ولكن ينتقد الفقه هذا الحكم إذ كان يمكن إعتبار أن الجمعية بتخصيص الفيلا للعضو نقلت له ملكيتها وحقها قبل المقاول فى إنجاز البناء وفقا للمواصفات بإعتباره خلفا خاصا لها يخلفها فى الفيلا وفيما يعتبر من مستلزماتها إعمالا للمادة ١٤٦ (١) .

والمنتفع يجب أن يكون معينا فى عقد الإشتراط ، أو على الأقل يتضمن العقد العناصر اللازمة لتعيينه ، فإذا كان المنتفع من الإشتراط هو زوجة المستأمن (فى عقد التأمين) وأولاده ، فإن المشترط إذا لم يكن قد تزوج بعد ، لم يكن المستفيد معينا ، ولكن سوف يتعين فيما بعد بزواجه . وإذا كان المستأمن متزوجا وله أولاد ، فليس هؤلاء وحدهم هم المنتفعون بل إن الأولاد الذين يولدون له بعد إبرام التأمين على حياته ينتفعون به كذلك . ويمكن أن يكون المنتفع جهة مستقبلة .

٣٠٠ – **ثالثا** : توافر مصلحة للمشترط : وتوافر هذه المصلحة فرق آخر بين المشترط والفضولى ، فالمشترط يتعاقد على الإشتراط لأن له مصلحة فى ذلك ، أما الفضولى فيشترط ألا تكون له مصلحة شخصية فيما يتولاه من شئون رب العمل .

---

(١) عبدالفتاح عبدالباقى : ص ٥٩٣ هامش رقم ١ .

ومصلحة المشترط قد تكون مصلحة مادية ، وقد تكون مصلحة أدبية . ولا يلزم أن يكون المشترط ملزما فى العقد ، بل قد يشترط على المتعهد دون أن يلتزم هوبشىء . فمثلا قد تشترط الأم على زوجها السابق أن يدفع مرتبا معينا لإبنها منه حتى يكبر ، فهى لم تلتزم بشىء ، ولكنها اشترطت على الأب لصالح الإبن ، ولها فى ذلك مصلحة أدبية (١) .

٣٠١ – العلاقات الناشئة عن الإشتراط : الإشتراط لمصلحة الغير ، علاقة ثلاثية ، يظهر فيها المشترط LE STIPULANT والمتعهد le promettant والمنتفع أو المستفيد le béneficiaire ولكل من هؤلاء الثلاثة علاقة بالآخرين . فيجب أن نعرف إذن علاقة المشترط بالمتعهد ، وعلاقة المشترط بالمنتفع ، وعلاقة المنتفع بالمتعهد .

٣٠٢ – أولا : علاقة المشترط بالمتعهد : فى هذه العلاقة قد يكون المشترط متبرعا للمتعهد على أن يقوم المتعهد بأداء نحو الغير ، وقد تكون علاقة المشترط بالمتعهد معاوضة ، ويؤدى المتعهد العوض إلى الغير ، وقد يكون المتعهد هو المتبرع والمشترط يؤدى شيئا كما فى مثال الأم التى تشترط لمصلحة إبنها دخلا يؤديه أبوه . وفى هذه الحالة يجب أن تبرز مصلحة المشترط المادية . وهذه المصلحة هى

---

(١) السنهورى : الوجيز : فقرة ٢٥٠ ـ ص ٢٢٢ .

التى تبرز أن المشترط له أن يطالب المتعهد بتنفيذ الإلتزام ، إلا إذا إتضح من الإلتزام أن حق المطالبة مقصور على المنتفع . وعندما يطالب المشترط بالتنفيذ فهو يرفع الدعوى باسمه هو لا باسم المنتفع ، وتكون الدعوى مقبولة لتوافر المصلحة.بل إن المشترط يستطيع أن يجعل حق المطالبة قاصرا عليه هو وليس للمنتفع ذلك ، فتستطيع مثلا جهة الإدارة أن تجعل المطالبة بالشروط المقررة لصالح الجمهور فى عقود إلتزام المرافق العامة حقا لها وحدها دون أفراد الجمهور .

٣٠٣ – **ثانيا : علاقة المشترط بالمنتفع** : هذه العلاقة أيضا يمكن أن تكون عملا من أعمال التبرع أو من أعمال المعاوضة وسواء كانت العلاقة تبرعا أو معاوضة ، فإن المشترط من حقه دائما أن ينقض حق المنتفع إذا لم يكن قد صدر إقرار من المنتفع للإشتراط فإقرار المنتفع من شأنه أن يؤكد حقه ويجعله غير قابل للنقض . أما قبل هذا الإقرار فإن المشترط يحق له دائما أن يستبدل المنتفع بمنتفع غيره ، ويحق له أن ينصب نفسه منتفعا ، ولكن لا نكون عندئذ أمام إشتراط لمصلحة الغير . وهناك رأى فى القانون المغربى يفرق بين النقض الذى يخالف مقتضى العقد وهو يمتنع على المشترط ، كما هو الحال بالنسبة إلى الهبة التى لا يجوز الرجوع فيها وكما فى حالة تسليم البائع البضاعة المبيعة إلى ناقل لتوصيلها إلى المشترى ، وبين النقض الذى لا يخالف مقتضى العقد كما فى التأمين على الحياة لمصلحة أشخاص معينين وهو جائز (١) .

---

(١) الكزبرى ، جـ ١ – فقرة ٢٢٤ – ص ٢٨٤ .

والواقع أن الهبة التى لا يجوز الرجوع فيها ليست مانعا من نقض الإشتراط لأن محل النظر فى عدم جواز الرجوع فى الهبة إنما يأتى بعد أن يصبح حق المنتفع غير قابل للنقض بقبوله للإشتراط ، أما قبل القبول فيجوز للمشترط الرجوع فى إشتراطه ولو كان هبة لا يجوز فيها الرجوع بعد قبول المنتفع (١). وأما حالة تسليم البضاعة إلى الناقل

---

(١) السنهورى ، الوجيز ، ص ٢٢٧ ـ هامش رقم ٢ . ولكن يرى الدكتور عبدالفتاح عبدالباقى أن هذا الرأى غير سديد ، ويقول فى ذلك : " ولكن الفقيه الكبير لم يسر فى منطقه إلى نهايته ، مقررا عدم لزوم الرسمية فى الإشتراط الذى يقوم على التبرع ، بحجة أن الهبة هنا غير مباشرة . وهذا الرأى يبدو لنا غير سليم ، ويقوم على خلط بين الهبة وبين التصرف التبرعى بوجه عام فإذا كانت الهبة تمثل العقد التبرعى الفذ ، إلا أنها لا تستوعب كل أعمال التبرع . فهى بالنسبة إلى أعمال التبرع بعض من كل ونوع من جنس . والهبة ؛ كما تعرفها المادة ١/٤٨٦ ، هى عقد يتصرف بمقتضاه الواهب فى مال له ، دون عوض . وفى الإشتراط لمصلحة الغير ، لا يتصرف المشترط فى مال له للمنتفع . فكل ما يقوم به هو أنه يتعاقد مع المتعهد ، ويشترط عليه أن يؤدى المنفعة للمنتفع . صحيح أنه يتحمل مقابل تلك المنفعة، ولكن هو يتحمل بها للمتعهد وليس للمستفيد . ثم إن المنفعة التى تخلص للمنتفع تؤدى له من المتعهد وليس من المشترط ، فكيف يقال بعد ذلك كله إن المشترط يهب المنفعة للمستفيد ؟ ثم إذا كان الإشتراط هنا هبة كما يقولون لتوجب أن يأتى فى الشكل الرسمى ، وإلا وقع باطلا . ولا يقدح فى ذلك ما لجأ إليه الرأى المعارض من القول ، فى سبيل التخلص من الرسمية ، بأن الهبة هنا غير مباشرة . فذلك لا يتمثل سببا للفكاك من رسمية الهبة ، التى يقضى القانون بلزومها ، ما لم تتم الهبة تحت ستار عقد آخر أو ترد على منقول ويتم إقباضه . والصواب هو أن الإشتراط فى حالتنا يعتبر مجرد عمل من أعمال التبرع ، ولكنه لا يعتبر هبة . ويترتب على إعتباره كذلك لزوم توافر أهلية التبرع فى المشترط ولا تلزم الرسمية فيه . ولا يجوز إعمال أحكام الرجوع فى الهبة فى شأنه ، وإنما يجوز نقض الإشتراط وفقا لما تقضى به المادة ١٥٥ ، ودون تفرقة فى ذلك بين الإشتراط التبرعى والإشتراط التعاوضى .

مـع إشـتراط تسـليمها إلـى المشـترى ، فهـى كذلـك لا تسـتوجب إنتفـاء النقض ، بل المقرر فى عقـد النقل أن البـائع لـه حـق توجيـه البضـاعـة أثناء الطريق ، بأن يصدر تعليمات إلى النـاقل بـأن يعيد البضـاعـة إليـه أو بأن يوصلها إلى مشتر آخر أو إلى مدينة أخرى . ويبقـى هـذا الحـق للبائع طالما أنه يحوز سند أو بوليصة النقل . ولا تصبح البضـاعـة مـن حـق المشـترى إلا بتسليمه بوليصـة النقـل ، أو بإعلامـه مـن النـاقل بوصول البضاعة وإمكان تسليمها إليه ، فعندئـذ يـزول عن البـائع حـق توجيه البضـاعة .

وعلى ذلك فإن التفرقة بين النقض المخالف لمقتضى العقد وغير المخالف لمقتضى العقد ، تفرقة لا نرى لها سندا مـن التشـريع ، ونـرى أن حـق النقض مقرر دائمـا للمشـترط إلـى أن يصـدر إقـرار المنتفـع للإشتراط فيمتنع النقض . وإذا كانت هنـاك حـالات يمتنـع فيهـا النقض قبل إقرار المنتفع " فإن ذلك يكون لأحد سببين :

السبب الأول : أن يكون التصـرف تصرفـا قانونيـا مجـردا ، فيمتنع لذلك على المشترط المساس بحق الغير الناشىء عنـه ، كمـا هـو الحال فى عمليات البنوك حيث يكون إلتزام البنك قبل المسـتفيد مـن الإعتمـاد المسـتندى وقبل المسـتفيد مـن خطـاب الضمـان أو مـن النقـل المصرفى إلتزاما مجردا نشأ من إشـتراط اشـترطه العميل علـى البنـك لصـالح المسـتفيد . فيكون النقض ممتنعـا لا لمخالفتـه لمقتضـى عقـد معين ، بل لأن الإشتراط نفسه ينشىء إلتزاما مجردا .

السبب الثانى : أن تكون للمتعهد نفسه مصلحة من الإشتراط مماثلة لمصلحة المشترط ، كما لو كان الإشتراط يتعلق بسداد ثمن عقار مرهون ، حيث يشترط البائع على المشترى أن يقوم بسداد الثمن أقساطا إلى الدائن المرتهن . فالمشترط (البائع) له مصلحة فى ذلك هى قضاء الدين ، والمتعهد (المشترى) له مصلحة فى ذلك حتى تخلص له ملكية العقار ويزول الرهن الذى يثقله . فإذا تخلى المشترط عن مصلحته فى ذلك وأراد أن ينقض الإشتراط لم يستطع ذلك لتعلق مصلحة المتعهد ببقاء هذا الإشتراط ، لا لمخالفة النقض لمقتضى عقد معين .

وحق المشترط فى نقض الإشتراط حق خاص به ، فلا ينتقل إلى ورثته ولا يجوز لدائنيه مباشرته عنه ، ويجب إعلانه إلى المتعهد حتى يمتنع عن الوفاء إلى المنتفع . ويمكن أن يكون النقض صريحا أو ضمنيا . وقد يتنازل المشترط عن حق النقض صراحة أو ضمنا .

٣٠٤ – **ثالثا :** علاقة المنتفع بالمتعهد : ينشأ من عقد الإشتراط حق مباشر للمنتفع والمدين به هو المتعهد ، فيستطيع المنتفع أن يطالبه بأدائه بعد إقراره (١) ، بل إن المطالبة ذاتها إقرار من المنتفع لهذا

---

(١) وإقرار الإشتراط يعلنه المنتفع إلى المتعهد دائما ، ويمكن إعلانه إلى المشترط والمتعهد ، وقد يكون إقرارا صريحا أو ضمنيا . وإذا توفى المنتفع إنتقل الحق فى الإقرار إلى ورثته ما لم يكن المشترط قد قصد صراحه أو ضمنا قصر حق الإقرار على المنتفع .

الحق . ويمكن أن يزاحم المنتفع فى ذلك دائنو المتعهد . وحق المنتفع لم يمر بذمة المشترط ، ولذلك لا يزاحم المنتفع فيه دائنو المشترط . فإذا تلقى الأولاد مبلغ التأمين على حياة أبيهم ، فهم يتلقونه بإعتباره حقا خاصا بهم نشأ فى ذمة المتعهد ، وليس باعتباره حقا آل إليهم عن أبيهم ، فلا تطبق على هذا المبلغ قاعدة ألا تركه إلا بعد سداد الديون ، لأن هذا المبلغ لم يمر بذمة مورثهم أصلا ، ويوزع عليهم بالنسبة المحددة من قبل لكل منهم وليس طبقا لقواعد الأرث .

وحق المنتفع قبل المتعهدلا ينشأ من وقت الإقرار بل من وقت الإشتراط ، ولذلك فإن المتعهد إذا فقد أهليته بين عقد الإشتراط وبين الإقرار ، لا يؤثر ذلك على حق المنتفع فى الإقرار والإستفادة من الإشتراط .

وللمتعهد أن يوجه إلى المنتفع كله الدفوع الناشئة عن عقد الإشتراط فيستطيع أن يتمسك ببطلان الإشتراط إن كان باطلا ، أو بقابليته للإبطال إذا كانت إرادته معيبة ، ويستطيع أن يتمسك بالفسخ لعدم تنفيذ المشترط إلتزاما عليه ، وكل ذلك ما لم يكن عقد الإشتراط مجردا كما رأينا بالنسبة لبعض معاملات البنوك .

وللمنتفع دعوى يطالب بها المتعهد ، غير الدعوى المقررة للمشترط ، ولكن قد يتبين من الإشتراط أن حق المطالبة مقصور على

المشترط . والمنتفع على أية حال ليس له أن يطلب فسخ عقد الإشتراط بسبب عدم قيام المتعهد بإلتزامه نحوه .

٣٠٥ – تطوير فكرة الإشتراط لمصلحة الغير : لقد تقرر الإشتراط لمصلحة الغير إستجابة لحاجات عملية دعت إليه . وما زالت الحاجات العملية تدعو إلى المزيد من تطوير فكرة الإشتراط ، ويبدو لنا ذلك من ناحيتين :

أولا : عندما ينشأ للغير حق من تصرف معين ، فإن هناك مصلحة فى جعل هذا التصرف مجردا ، ونجد ذلك فى بعض العقود التى تنشىء علاقات ثلاثية كما هو الحال فى الكفالة والإنابة وفى الكمبيالة . والإشتراط لمصلحة الغير يعتبر من التصرفات التى تنشىء علاقات ثلاثية ، ومن ثم فإننا نحبذ جعله تصرفا من التصرفات المجردة ، غير أن التجريد لا يتقرر إلا بنص القانون أو بواسطة العرف (كما فى عمليات البنوك) ، وعلى ذلك فإن تجريد الإشتراط يحسن أن يكون بنص تشريعى .

ثانيا : الإشتراط لمصلحة الغير يرتب حقا لهذا الغير ، دون حاجة إلى إبرام عقد جديد بينه وبين المتعهد ، فحقه ينشأ من عقد الإشتراط ذاته ، وما عليه إلا أن يقر هذا الحق حتى يمكنه الإستفاده منه ، أما التعهد عن الغير ، فلم يتيسر بعد جعل الغير يلتزم به مباشرة بل لابد من عقد جديد بينه وبين المتعهد له . ورغم ذلك يقرر بعض

الفقهاء أنه " ليس هناك ما يمنع في المنطق القانوني المحض من أن العقد ينشيء إلتزاما في ذمة الغير فتقوم قاعدة التعهد عن الغير على غرار قاعدة الإشتراط لمصلحة الغير وتلزم بعقد التعهد ذاته لا بعقد جديد . ولكن قاعدة التعهد عن الغير قصرت في الوصول إلى هذه المرحلة من التطور لأن الضرورات لم تقتض بعد ، كما قضت في قاعدة الإشتراط لمصلحة الغير جواز أن يلتزم الغير من عقد لم يشترك فيه ولو اقتضت هذا لما حال المنطق القانوني دون ذلك (١) " .

ولكننا أصبحنا الآن نرى حالات تدعو الحاجة فيها إلى تقرير إلتزام في ذمة الغير ، إلى جانب إشتراط يتقرر لصالح هذا الغير . فمثلا في عقد النقل ، يقوم مرسل البضاعة بإشتراط على الناقل لمصلحة المرسل إليه . وبمقتضى هذا الإشتراط ينشأ للمرسل إليه حق في تسلم البضاعة من الناقل . غير أن المرسل قد لا يؤدى أجرة النقل إلى الناقل ، وإنما يطلب إليه تحصيلها من المرسل إليه وهنا يثور التساؤل عن مدى إلتزام المرسل إليه بأداء أجرة النقل ، وأساس هذا الإلتزام ، وهل يستطيع المرسل أن ينشيء بإرادته إلتزاما في ذمة المرسل إليه ، كما أنشأ بإرادته حقا للمرسل إليه ؟ .

يجيب القانون الفرنسي والقانون المصري على هذا التساؤل بأن المرسل يمكن أن ينشيء الحق للمرسل إليه ، ولكنه لا يملك أن ينشيء

---

(١) السنهوري : الوجيز ـ ص ٢٢٥ ـ هامش رقم ١ .

على عاتقه الإلتزام . ومن هنا حار الفقه فى إيجاد الأساسي الذى يرتكز عليه إلزام المرسل إليه والمصدر الذى ينشىء هذا الإلتزام (١) .

فإذا جمعنا بين هذه الصورة وبين صورة الإشتراط لمصلحة الغير ، لوجدنا أنها تصلح الأساس القانونى الذى يفسر لنا كيف أن الإشتراط لمصلحة الغير يمكن أن يقترن بالإلتزام بأداء أمر معين . فالمرسل إليه مثلا فى عقد النقل يمكن أن يستفيد من الإشتراط المعقود لصالحه فيتسلم البضاعة ، ولكن عليه طبقا للإلتزام عن الغير أن يقوم بأداء المطلوب منه ، ويكون هذا الإلتزام شرطا فى الإشتراط لمصلحة الغير ، بمعنى أنه لا يتسنى لـه أن يستفيد بالإشتراط ويتسلم البضاعة إلا إذا أدى إلتزاما معينا هو أجرة النقل . فـإذا لم يؤد هذا الإلتزام لم ينتفع بالإشتراط ولم يكن له الحق فى تسلم البضاعة . والمرسل إليه عندما يفى بأجرة النقل يبرم عقدا جديدا مع الناقل ، فهذا العقد موجود

---

(١) أما القانون المغربى ، فقد أنهى هذه الحيرة من وجهين :

الوجه الأول : أنه أوجد نصا خاصا فى عقد النقل يرتب الإلتزام على المرسل إليه بأداء المصاريف المتعلقة بعملية النقل (الفصل ٨٨ تجارى) . ولكن النص يحل مشكلة عقد النقل وحده ، ويبقى أننا فى مجال نظرية الإلتزامات ما زلنا فى حاجة إلى حلول أخرى ، وهذا هو ما فعله أيضا المشرع المغربى على النحو التالى :

الوجه الثانى : إن المشرع المغربى قد خطأ خطوة أبعد نحو التحرر من النظرية الشخصية فى الإلتزام ، حين أوجد صورة الإلتزام عن الغير بشرط الإقرار ، فأوجد الإلتزام وعلقه على شرط الإقرار بحيث لا يحتاج الأمر إلى إبرام عقد جديد بل يلتزم الغير بنفس العقد الذى أنشأ الإلتزام .

من قبل ، وكل ما يفعله المرسل إليه . هو أنه يقر الإلتزام الذى أنشأه المرسل فى ذمة المرسل إليه وهكذا لا نحتاج إلى البحث عن نظرية تفسر لنا إقتران الإشتراط لمصلحة الغير بإلتزام على عاتق الغير ، إذ أن هذه النظرية قد أوجدها المشرع المغربى فى النصوص الخاصة بإلتزام عن الغير بشرط الإقرار . وهذه خطوة متطورة عما نجده فى القانونين الفرنسى والمصرى .

ويبقى إستكمالا للتطور ، أن المشرع المغربى يمكن أن يصل بفكرة الإشتراط لمصلحة الغير ، إلى جواز إلزام الغير فى عقد يتضمن أشتراطا لمصلحة هذا الغير ، بحيث لا يفيد من الإشتراط إلا بأداء الإلتزام ، فيستفيد ويلتزم من نفس العقد ويرتبط فيه الحق بإلتزام .

الفصل الثانى
نسبية أثر العقد من حيث الموضوع

٢٠٦ – لا يلزم العقد إلا من كان طرفا فيه . فهو نسبى من حيث الأشخاص كما رأينا ، ولا يلزم العقد اطرافه إلا بما اتفق عليه فيه فهو نسبى من حيث موضوعه . والتعرف على كل ما يلتزم به الأطراف يستوجب تحديد نطاق هذه الالتزامات ، وتفسير ما قد يعترى النصوص التى تضمنتها من غموض ، والتزام كل طرف بان يقوم بالإلتزام الواقع على عاتقه وان يقوم بما يقتضيه حسن النية ، وإذا عرضت ظروف استثنائيه غير متوقعه فهى تؤثر على تنفيذ العقد فى بعض القوانين .

وهذه المسائل المختلفة هى ما نعرض لها فى مباحث هذا الفصل على التفصيل التالى :

المبحث الأول : فى تحديد وتفسير العقد .

المبحث الثانى : فى القوة الملزمة للعقد .

المبحث الثالث : فى المسئولية العقدية .

المبحث الأول
تحديد وتفسير العقد

٣٠٧ - تحديد نطاق العقد : نص قانوني : تنص المادة ١٤٨ /٢ من التقنين المدني على ما يلي "ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته ، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام"(١) .

وطبقا لهذا النص تستهدى المحكمة فى تحديد نطاق العقد بطبيعته ، فعند بيع شيء يجب أن يشمل بيعه ملحقاته الضرورية . فبيع جهاز التسجيل يقتضى تسليم مكبر الصوت (الميكروفون) معه

---

(١) يقابل هذا النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى ، مايلى من النصوص :

- فى القانون الليبى : المادة ٢/١٤٨ مدنى مطابقة .
- فى القانون السورى : المادة ١٤٩ /٢ مدنى مطابقة .
- فى القانون العراقى : المادة ٢/١٥٠ مدنى مطابقة .
- فى القانون اللبنانى : المادتان ٣٧٠ و ٣٧١ موجبات موافقتان .
- فى القانون الكويتى : المادة ١٩٥ موافقة .

-يقضى الفصل ٤٦٣ من تقنين الإلتزامات والعقود المغربى بان . " تعتبر مضافة لشروط العقد الشروط الجارى بها العمل فى مكان إبرامه والشروط التى تقتضيها طبيعته " .

وينص الفصل ٢٣١ من نفس التقنين على أن «كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية . وهو لا يلزم بما وقع التصريح به فحسب ، بل أيضا بكل ملحقات الإلتزام التى يقررها القانون ، او العرف أو الإنصاف وفقا لما تقتضيه طبيعته " .

وتأجير شقة يقتضى تسليم مفاتيحها ومفاتيح الباب الرئيسى للمبنى والسطح المشترك ، وأبرام عقد العمل يقتضى عدم تشغيل العامل أكثر من الحد الذى يسمح به القانون من ساعات الشغل ، إلا إذا كان ذلك بأجر خاص حسب القانون ، حتى ولو كان العامل يجهل هذه الأمور ، وأبرام عقد الكراء يستوجب تمكين المستأجر من استعمال الأماكن المخصصة لغسل الثياب ونشرها ، وتستهدى المحكمة كذلك بالعرف ، فالعرف يجرى مثلا على أضافة نسبة مئوية فى الفنادق والمطاعم فوق الحساب الذى يلتزم به الزبون ، تعتبر أجرا على الخدمة التى يقوم بها عمال المحل فيلتزم العميل بهذا طبقا للعرف .

وهناك اعتباران آخران هما القانون والعدالة : تطبق المحكمة ما يمليه القانون عن طريق القواعد المكملة والمفسرة لإرادة المتعاقدين ، طالما أنهما قد تركا الحكم لهذه القواعد ولم ينصا على ما يخالفها . وتستهدى المحكمة كذلك بقواعد العدالة والانصاف . فالعدالة قد تفرض التزاما لم ينص عليه العقد . فالعامل الذى يترك الخدمة عند رب عمل يلتزم بألا ينقل إلى رب عمل آخر أسرار رب العمل السابق ، حتى ولو كان هذا الآخير لم يشترط عليه ذلك (١) .

ويميل القانون إلى التوسعه فيما يشمله العقد . وتقسم الأحكام التى يشملها العقد اربعة اقسام :

---

(١) السنهورى : الوجيز ـ ٢٦٥ ـ ص ٢٣٨ ـ ٢٣٩ .

١ – الاحكام التى تتضمنها شروط العقد صراحةأوضمنا .

٢ – الاحكام التى تقضى بها العادات الجارية فى مكان التعاقد .

٣ – القواعد القانونية تشريعيه أو عرفيه سواء الامرة أو المفسرة إذا لم يتفق على خلافها .

٤ – مستلزمات العقد (١) .

٣٠٨ – **تفسير العقد** : هناك اصل هام فى التفسير هو انه إذا كانت الفاظ العقد صريحة اعتبرنا ان الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنه متطابقتين . فلا يجوز الانحراف عن هذه العبارة الصريحة تحت ستار التفسير . وقد نصت على هذا المبدأ المادة ١/١٥٠ مدنى بقولها : " إذا

---

(١) وهى الامور التى وان لم تذكر فيه تحتمها طبيعته والغاية التى يستهدفها وفقا للقانون والعرف والعدالة مع مراعاة مقتضيات حسن النية وشرف التعامل ، ومن أحكام النقض فى تطبيق ذلك ان وزارة الداخلية تعاقدت مع متعهد لتقديم وجبات ساخنه نظيفه للمعتقلين فى الهاكستب لمدة ثلاثة اشهر . ثم فسخ العقد لاخلال المتعهد بالتزاماته ومنع من تسلم اوانيه وادواته وتلفت فقاضى الوزارة لالتزامها بحفظها . ودفعت الوزارة الدعوى بأن العقد لم يتضمن فى نصوصه مثل هذا الالتزام وإذ كانت مسئوليتها تقصيرية فقط سقطت بالتقادم (الثلاثى) وقد الغت محكمة الاستئناف الحكم الابتدائى الذى أخذ براى الوزارة وايدتها محكمة النقض فى ذلك لأن الالتزام وان لم يرد فى العقد الا انه من مستلزماته . على عكس هذا الحكم كان متعهد توريد عدس للقوات المسلحة استورده من سوريا ولم يستطع استلام الشحنه من الجمارك فأقام دعوى ضد القوات المسلحة مدعيا اخلالها بالتزام يقع على عاتقها ولو انه لم يرد فى العقد مؤداه ان تقدم له التسهيلات اللازمة للتخليص على البضائع من الجمارك وتحويل ثمنها إلى سوريا . وفى هذه الدعوى قضت محكمة النقض بأنه لا يتصور وجود هذا الالتزام باعتباره من مستلزمات العقد . عبدالفتاح عبدالباقى : فقرة ٢٦٩ .

كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على أرادة المتعاقدين " (١) .

وقد كان التقنين المدنى القديم على عكس هذا النص يأخذ بالإرادة الباطنه لا الظاهرة (المادة ١٣٦ مدنى قديم) . ومع ذلك فإن الفقه المصرى فى مجموعه يعطى القاضى ازاء العبارات الواضحة فى العقد ذات السلطة التى كانت له فى ظل النص القديم ، بحيث يجيز له ان يخرج عن مدلول الالفاظ والعبارات الواضحة متى استبان له أن العاقدين قصدا بها معنى آخر، ويلزمهما بما انطوت عليه إرادتهما لا بالمعنى الواضح . اما محكمة النقض فقد ترددت بين الاتجاهين القديم والجديد فى ظل القانون الجديد ، فقضت مرة بان " الانحراف عن المعنى الظاهر لعبارات العقد مسخ له " ثم عادت فى حكم لاحق إلى الفكرة القديمة وقالت ان " سلطة قاضى الموضوع فى العدول عن المدلول الظاهر لصيغ العقود والشروط مقيدة بأن يبين فى حكمه لم عدل عنه إلى خلافه وكيف افادت تلك الصيغ المعنى الذى اخذ به ورجح انه مقصود العاقدين " (٢) .

---

(١) النصوص العربية المقابلة هى : المادة ١/١٥٢ مدنى ليبى مطابقة والمادة ١/١٥١ مدنى سورى مطابقة ، والمادة ١/١٩٣ مدنى كويتى مطابقة ، والمادة ١٥٥ مدنى عراقى موافقة والمادة١/١١١ مدنى جزائرى موافقة ، وليس له مقابل فى القانون اللبنانى ولكنه يتفق مع القواعد العامة فيه وفى القانون المغربى الفصل ـ ٤٦١ موافق .

(٢) جمال زكى : فقرة ١٦٣ ـ ص ٢٩٥ ـ ٣٠١ .

وجميع القواعد الخاصة بالتفسير هى نصائح للقاضى يستعين بها وليس ملزما بالأخذ بها أو بالاقتصار عليها (١) .

وتوجد الحاجة إلى تفسير العقد او تأويله عندما لا تكون الالفاظ والعبارات غير ممكن التوفيق بينها وبين الغرض الواضح من العقد أو تكون فى ذاتها غير واضحه أولا تعبر عن قصد صاحبها . وقد تناولت الفقرة الثانية من المادة ١٥٠ مدنى حكم هذه الحالة قائله :

" أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للالفاظ مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغى ان يتوافر من امانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجارى فى المعاملات " .

ونظرا لأن البحث عن ارادة المتعاقدين المشتركة من شانه الدخول فى متاهات نفسيه قد لا تستجلى المحكمة منها شيئا فقد ذكر النص بعض الضوابط الموضوعية للاستهداء بها ، دون ان تعتبر واردة على سبيل الحصر ، وهى طبيعة التعامل والعرف وما ينبغى ان يتوفر بين المتعاقدين من امانه وثقة . والامانة واجب على المتعاقد والثقة حق له . فإذا وجد ثغرة فى التعبير عن الإرادة يستطيع ان يخدع الآخر من خلالها فإن واجب الأمانة يفرض عليه ألا يفعل ذلك وان

(١) جمال زكى : فقرة ١٦٤ ـ ص ٣٠٣ .

يجلو الوضع الصحيح للمتعاقد الآخر . وإذا كان المتعاقدان قد افصحا عن الغرض من التعاقد على أنه حفظ الشيء لدى احدهما ، ثم نص فى احكام العقد على الا يرد هذا المتعاقد الشيء إلا اذا ادى إليه الطرف الآخر دينا عليه ، فإن الغرض يوحى بان العقد وديعه والحكم الآخر يوحى بأن العقد رهن حيازة ، لذا كان الغموض ناتجا من مقارنة بنود العقد المختلفة مما يدعو إلى البحث عن النية المشتركة الحقيقية للمتعاقدين .

وإذا كان التعبير الموجه إليه يتبادر منه معنى معين يفهمه الناس عادة ، فإن من حقه ان يثق فى أن هذا التعبير يفهم على الوجه الذى فهمه به .

وعند التفسير تؤخذ نصوص العقد ككل ، فلا يفسر كل نص على حدة ، بل تؤخذ النصوص فى مجموعها ـ لأن بعضها يفسر البعض الآخر ، وعن طريق أخذها كمجموعة يمكن تحديد نطاق معين لكل نص ومدلول له فإذا لم يتيسر ذلك فإن النص اللاحق يلغى السابق وعلى ذلك يكون الاعتماد فى التفسير على النص اللاحق ويهدر النص السابق الذى تعذر التوفيق بينه وبينه .

وهناك قاعدة فى التفسير مأخوذة من الفقه الاسلامى ، وهى أن " إعمال الكلام اولى من إهماله " اى أنه يجب حمل النص على الوجه الذى يرتب له معنى وأثرا .

وعند تحديد معانى الألفاظ يؤخذ بالمعنى الحقيقى للفظ ، وبمدلوله المعتاد الذى يفهم به فى مكان إبرام العقد ، الا إذا ثبت ان المتعاقدين قد قصدا أستعماله فى معنى آخر ، والكلمات الاصطلاحية تؤخذ بالمعنى الاصطلاحى لها ويفترض انها استعملت بهذا المعنى ، فمثلا كلمة " حبس " تؤخذ على أنها فى المغرب تعنى الوقف المعروف فى الفقه الاسلامى ، إلا إذا ثبت أن المتعاقدان قصدا بها معنى خاصا ، كما لو أدرج المتعاقدان فى العقد شرطا مانعا من التصرف فى العقار المبيع أو الموهوب ، وعبرا عن المنع من التصرف بأنه حبس العقار ، فمن الواضح أن قصد المتعاقدين منصرف الى صورة الشرط المانع لا الى صورة الوقف .

وعند تفسير العقد ، لا يتوسع فى معنى التنازل عن الحق ، بل يفسر تفسيرا ضيقا .

وتثور احيانا أمام القضاء مسألة جواز الجمع بين دعويين أو الاختيار بينهما بشأن سبب واحد انشأ تلك الدعاوى . ومما لا شك فيه أن الجمع بين دعويين للحصول على ميزة من كل منهما من اجل نفس السبب أمر غير جائز. فمثلا إذا كان الخطأ الحاصل من احد الطرفين يرتب دعوى المسئولية العقدية ودعوى المسئولية التقصيرية فإن الجمع بينهما للحصول على التعويض مرتين لا يجوز لأن الضرر الوحد لا يعوض مرتين ، اما الخيار بينهما فهو فى رأينا جائز ، خصوصا فى الحالة التى يشترط فيها المتعاقد أعفاءه من المسئولية

العقدية عن الغش والخطأ الجسيم الذى يصدر من التابعين ، فيغلق بذلك باب المسئولية العقدية أمام المتعاقد معه ، فيحق لهذا الأخير أن يلجأ الى دعوى التعويض بالمسئولية التقصيرية . والتجاؤه أولا الى دعوى المسئولية العقدية وفشله فيها لا يفسر بانه تنازل منه عن دعوى المسئولية التقصيرية .

وفى بعض الأحيان ترد فى العقد حالة من الحالات التى يلتزم بها المتعاقد ، دون أن يقصد بذلك قصر الإلتزام على هذه الحالة ، بل تكون واردة على سبيل المثال فقط ، فيبقى مفهوما عند تفسير العقدأن الإلتزام يشمل هذه الحالة وغيرها من الحالات التى أتفق عليها .

ويجرى التعامل فى بعض الأصناف من المنتجات الزراعية التى تباع بالوحدة على أن تسلم المائة مائة وعشرة او مائة وعشرين تعويضا لما قد يظهر تالفا منها ، فيتبع ما يجرى عليه العرف فى ذلك .

واذا ثار الخلاف حول ما إذا كان المدين قد التزم بألف أو بعشرة آلاف وتكرر ذكر المبلغ عدة مرات على الوجهين بما لا يسمح بالترجيح بينهما ، فإن الشك يفسر لمصلحة المدين فيؤدى ألفا فقط.فالشك يفسر لمصلحة المدين ويبرر هذه القاعدة أن الدائن هو المكلف بأقامة الدليل على دعواه ، فإذا لم يقدم الدليل على العشرة آلاف

لم يحكم له بها . ومن ناحية أخرى فإن الدائن هو الذى يملى الدين ويحدده فى العقد فإذا لم يحدده تحديدا دقيقا ، فهذا إهمال منه ويتحمل هو نتيجته . وقد أورد القانون على هذه القاعدة استثناءين : الأول : أن الشك فى عقود الاذعان يفسر لمصلحة الطرف المذعن سواء كان دائنا او مدينا . والثانى أن القاضى يستطيع أن يعدل الشروط التعسفيه او أن يعفى الطرف المذعن منها وفقا لما تقضى به العدالة ويبرر الاستثناء الأول أن الطرف الآقوى هو الذى يملى الشروط ولا يقبل فيها مناقشة ، وعلى ذلك فإن الشك فى هذه الشروط لا يمكن أن يستفيد هو منه . بل يفسر لمصلحة الطرف المذعن . ويمكننا القول بأن قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن ولو كان هو الدائن يمكن الأخذ بها فى التشريعات التى لم تتضمن نصا عليها كالقانون المغربى وأن الشروط التعسفية وأن لم يكن من سلطة القاضى تعديلها أو الاعفاء منها لعدم وجود نص يمكن رغم ذلك أعطاء تعويض عن الاضرار الناجمة عنها ، على أساس نظرية التعسف فى استعمال الحق إذا توافرت إحدى صورها فى الحالة المعروضة . لذلك يمكن الالتجاء إلى الأساليب التى اتبعها القضاء الفرنسى ، ومنها : تفضيل الشروط المكتوبة بخط اليد على الشروط المطبوعة ، وعدم تطبيق الشرط الذى لم يعلم به المتعاقد المذعن والذى لم يكن فى وسعه أن يعلم به عند التعاقد ، كما فى شروط السكك الحديديه التى تعفيها من المسئولية عن تلف الامتعة إذا كانت لم تذكر فى تذكرة النقل التى وقعها المرسل وإنما وردت فى لائحة لم يطلع عليها . كذلك كان القضاء الفرنسى يعتبر شركة التأمين

متنازلة عن شرط قيام المستامن بدفع الأقساط فى محل الشركة إذا جرت هى على تحصيلها فى محل إقامته (١) .

المبحث الثانى
القوة الملزمة للعقد

٣٠٩ - **نص قانونى :** تنص المادة ١٤٧ من التقنين المدنى المصرى على أن :

١ - " العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين ، او للأسباب التى يقررها القانون " .

٢ - " ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، ، وإن لم

---

(١) أنظر : اسماعيل غانم : المصادر ـ فقرة ٧٤ ـ ص ١٣٣ ـ وهامش رقم ١ بها.ولتحديد مجال عقود الاذعان يأخذ الفقه والقضاء فى مصر بما ورد فى المذكرة الايضاحية للتقنين المدنى حيث حددت لعقد الأذعان خصائص ثلاث : الأولى : أن يتعلق بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات . والثانية : أحتكار الموجب للسلع والمرافق لحتكارا قانونيا او فعليا او قيام منافسة محدودة بشأنها . والثالثة : توجيه عرض الانتفاع بها إلى الجمهور بشروط متماثلة على الدوام لكل فئة منها . انظر : غانم ـ فقرة ٧٤ ص ١٣٥ ـ ١٣٦ وقد سبق تفصيل الكلام فى عقود الاذعان .

يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " (١) .

٣١٠ - سبق أن ذكرنا أوجه الشبه بين العقد والقانون من وجهة نظر أنصار مبدأ سلطان الأرادة . فالعقد يلزم أطرافه كما يلزم القانون الكافة ، وإرادة احد الطرفين لا تملك أن تنهى العقد إلا فى حالات استثنائية . والأصل ان إنهاءه إنما يكون طبقا لإرادة الطرفين . وبذلك يلتزم كل طرف بأن يؤدى الإلتزامات الواقعة على عاتقه ، فإن اخل بهذا الإلتزام وقع عليه جزاء ، قد يكون هو التنفيذ العينى أو التنفيذ بطريق التعويض .

وإذا كانت هناك نصوص قانونية مفسرة ومكملة لإرادة المتعاقدين ، فهذه النصوص تعتبر مجرد بديل لإرادة المتعاقدين إذا لم

---

(١) يقابل هذا النص فى التقنينات العربية الأخرى ، مايلى من النصوص:
- فى القانون الليبى : المادة ١٤٧ مدنى مطابقة .
- فى القانون السورى : المادة ١٤٨ مدنى مطابقة .
- فى القانون العراقى : المادة ١٤٦ مدنى مطابقة .
- فى القانون اللبنانى : المادة ٢٢١ موجبات موافقة للفقرة الأولى .
- فى القانون الكويتى : المادتان ١٩٦ و١٩٨ موافقتان .
- فى القانون الجزائرى : المادتان ١٠٦ و ١٠٧ موافقتان .

يفصحا عن حكم للمسائل التى تنظمها تلك النصوص . أما إذا أفصح المتعاقدان عن مقصدهما فإن ما قرراه من أحكام هو الذى ينطبق ، وبذلك " يتوارى البديل أمام الأصيل " (١) .

٣١١ – وجوب التنفيذ بحسن نية : نص قانونى : تنص المادة ١٤٨/١ مدنى مصرى على انه : " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية . ٢- ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول ايضا ماهو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام " (٢) .

سبق أن بينا شمول الإلتزام لملحقاته ، ويبقى أن نوضح تنفيذه بحسن نية ، فكل العقود الآن يجب ان يتم تنفيذها بحسن نية . ولم تعد توجد طائفة عقود التنفيذ الحرفى إلا فى جزئية عقد التأمين . وحسن النية يقتضى من المدين أن ينفذ التزامه بنفس الطريقة التى يطلب أن ينفذ بها هذا الإلتزام لو أنه كان هو الدائن به . وهذا هو المعيار الذى نرى أنه يحدد بدقة كيفية التنفيذ بحسن نية . فإذا قصر المدين فى ذلك كان سىء النية .

---

(١) السنهورى : الوجيز – فقرة ٢٦٧ – ٢٤٠ .

(٢) ينص الفصل ٢٣١ من تقنين الإلتزامات والعقود على أن : " كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية ، وهو لا يلزم بما وقع التصريح به فحسب بل ايضا بكل ملحقات الإلتزام التى يقررها القانون أو العرف أو الانصاف . وفقا لما تقتضيه طبيعته " .

ويتخذ الإلتزام بتنفيذ العقد بحسن نية مظهرا خاصا يتضمن التزاما بالتعاون المستمر بين طرفيه اثناء تنفيذه فيلتزم كل عاقد بان يقدم للآخر ما يعاونه على حسن تنفيذه لإلتزامه (١) .

٣١٢ – نظرية الظروف الطارئة – Théorie de l'imprévision رأينا أن الأصل أن يبقى الملتزم مقيدا بالتزامه إلى نهاية المدة المتفق عليها او إلى الوقت الذى يتم فيه تنفيذه . ولا يؤثر فى ارتباطه بهذا الإلتزام تغير الظروف عما كانت عليه عند التعاقد ، كارتفاع أسعار الخامات التى يقوم بتنفيذ التزامه منها ، فهو لا يستطيع أن يرفع السعر الذى تعاقد عليه ، بل يتحمل هو الخسارة التى تنجم له عن ذلك .

ولكن تنفيذ بعض العقود ، مثل عقود التوريد والمقاولات الانشائية ، يمتد عادة سنوات طويلة واستمرار الخسارة مدة طويلة فى هذه العقود يؤدى بالمدين إلى الافلاس والدمار التام . ويمكن القول أيضا أن الدائن يثرى على حساب المدين . لأنه لو تعاقد على هذه السلعة بعد ارتفاع الأسعار ، لدفع فيها ثمنا أعلى بكثير من الثمن الذى

---

(١) جمال زكى : فقرة ١٧١ ـ ص ٣١١ ــ ٣١٢ . ويذكر من الامثله على ذلك الممثل الذى يجب عليه الانصياع للتجارب اللازمة لإداء دوره . والمؤلف يصحح تجارب الطبع ويأذن به والمستأجر يخطر المؤجر بأيلوله العين للسقوط . وعلى الدائن ان ييسر على المدين تنفيذ التزامه بأن يمنع اتساع الضرر الذى يقع له ، وعلى الناشر ان يمكن المؤلف من معرفة عدد النسخ .

يعطيه لمدينه ، فيفتقر المدين ويثرى الدائن ، ومع ذلك لا يستطيع المدين أن يطالب الدائن بشيء لأن الإثراء هنا قائم على سبب ، وسببه هو العقد ، والعقد الذى صنعته إرادة الافراد ، والذى قالت عنه نظرية سلطان الإرادة انه لا يحقق إلا العدالة ، نراه هنا يهدم العدالة ، إذ لولاه لكان للمدين ان يتمسك بقواعد الإثراء بلا سبب . لذلك ظهرت نظرية الظروف الطارئة فى بعض القوانين الحديثة ، ولكنها مرت بمراحل من التطور نوجزها فيمايلى :

لم يعرف القانون الرومانى تلك النظرية ، وإنما عرفها القانون الكنسى ، الذى يأخذ بنظرية الثمن العادل والاجر العادل لأنه كان يرى أن العقد يتضمن شرطا مفترضا هو ان المتعاقد يرتبط على أساس ظروف اقتصادية معينة صاحبت ابرام العقد أى على أساس بقاء الظروف على حالها Clause rebus Sic stantibus(١) فإذا تبدلت هذه الظروف بشكل جوهرى ، فإن المدين يقع به الغبن والغبن يعتبر فى نظر الكنسيين من الربا ، وكانوا يشددون النكير فى تحريمه . ولذلك اوجبوا إعادة النظر فى العقد ليزال هذا الغبن . غير أن نظرية الظروف الطارئة قد اندثرت فى القانون الفرنسى القديم ، ولم ترد بعد ذلك فى التقنين المدنى الفرنسى بل جاء على العكس حكم المادة ١١٣٤ مدنى التى تقول أن العقد يحل محل القانون بالنسبة إلى عاقديه . ولم تؤيدها أغلبية الفقه ولم يأخذ بها القضاء المدنى . إلا أنها ظهرت فى

(١) عبد الفتاح عبدالباقى : فقرة ٢٧٢ ـ ص ٥٤٠ ـ ٥٤١ .

مجال القانون العام وبالذات فى مجال العقود الإدارية ، وكان ذلك أثناء الحرب العالمية الأولى بمناسبة قضية شهيرة لشركة للغاز فى بوردو بفرنسا . فقد كانت هذه الشركة تقوم بتوريد الغاز لتلك المدينة بثمن محدد ، وكان سعر الغاز قبل الحرب العالمية (سنة ١٩١٣) يبلغ ٢٨ فرنك للطن ، ثم ارتفع سنة ١٩١٥ إلى ٧٣ فرنك ، وكان هذا الارتفاع يهدد الشركة بالإفلاس ، وإذا أفلست فإن توريد الغاز سوف يتوقف عن المدينة ، وفى هذا ضرر بمصلحة عامة لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسى فى ٣٠ مارس ١٩١٩ على مدينة بوردو بان تدفع للشركة تعويضا بحيث توزع عبء ارتفاع الاسعار بين طرفى العقد المدينة والشركة فتحمل كل منهما جزءا من هذا الفرق.فنظرية الظروف الطارئة اذن لا تزيل عن المدين كل الخسارة التى تحيق به ، وانما ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بأن تخفف عنه جزءا من العبء الذى رتبتة الحوادث الجديدة غير المتوقعة .

ومن ناحية أخرى فإن نظرية الظروف الطارئة التى عرفها القانون الإدارى على أثر هذا الحكم لم يكن هدفها هو التخفيف عن المدين ومراعاة حالته ، بقدر ما كانت تهدف إلى استمرار المرفق العام فى أداء وظيفته ، فهى تنشد أساسا المصلحة العامة لا الخاصة (١) . اما نظرية الظروف الطارئة التى ظهرت فى القوانين المدنية حديثا

---

(١) ويل وترية : فقرة ٣٧١ ـ ص ٤١٣ ، السنهورى : الوجيز فقرة ٢٧٣ ـ ص ٢٤٥ ـ وهامش رقم ٣ بها .

والتـى نـرى نموذجـا لهـا فـى النـص المصـرى الـوارد فـى صـدر هـذا المبحث (المادة ٢/١٤٧ مدنى) ، فهـى نظريـة تنشـد تحقيـق مصلحـة المدين عـن طريـق الأخـذ بيده ليجتـاز محنتـه . فهـى تسـتجيب لداعـى العدالة لا المصلحة العامة .

ولم يأخذ القضاء المصرى قبل صـدور القـانون المدنـى الجديـد بنظرية الظروف الطارئه . ومن القضايا التى رفض فيها ذلك قضيـة شخص تعهد بتوريد ذرة عويجة لمصلحة الحدود وكانت الذرة خاضعـة للتسعيرة الجبرية ثم رفعت التسعيرة اثناء سريان العقد فزاد السعر أكثر من الضعف ، وامتنع المورد عن التوريد لهذا الظـرف الطـارىء فأقـام دعوى مستندا إلى نظرية الظروف الطارئه وانصفته محكمـة استئناف مصر فى حكمها بتاريخ ١٩٣١/٤/٩ قائلة " انـه وإن كـان مـن المقـرر احـترام العقـود باعتبارهـا قـانون المتعـاقدين مـادام لـم يصبـح تنفيذهـا مستحيلا استحالة مطلقـة لحـادث قهـرى ، إلا انـه يجـب ان يكـون ذلـك مقيـدا بمقتضيـات العدالـة وروح الانصـاف ، فـإذا طـرأت عنـد التنفيـذ ظروف لم تكن فى حسبان المتعاقدين وقت التعـاقد مـن شـانها ان تؤثـر على حقوق الطرفين وواجباتهما بحيث تخل بتوازنهـا فـى العقـد إخـلالا خطيرا وتجعل التنفيذ مرهقا للمدين لدرجـة لـم يكـن يتوقعهـا بحـال مـن الاحوال فإنه يكون من الظلـم احـترام العقـد فـى هـذه الظـروف ويجـب عدلا العمل على مساعدة المدين وانقاذه من الخـراب .. "

ولكن محكمة النقض الغت هذا الحكم فـى ١٩٣٢/١/٢٤ قائلـة :

" ان نظرية الظروف الطارئة رغم انها تقوم على اساس من العدل والعفو والاحسان إلا انه لا يجوز الاخذ بها فى غير الحالات التى نص القانون على تطبيقها فيها وانه لا يجوز للقضاء ان يستبق المشرع إلى ابتداعها كنظرية عامة شاملة . وفى حكم آخر فى ١٩٤٧/١/١٥ قالت : " ان الشارع اراد أن يستبقى فى يده زمام نظرية الظروف الطارئة فيتدخل متى شاء وقت الحاجة وبالقدر المناسب " ورفضت محكمة الاستئناف المختلطة زيادة مقابل توزيع المياه على جمهور المشتركين الذى اشتكت شركة مياه الاسكندرية انه غير كاف لارتفاع التكلفة (١) . وطبقا للمادة ٢/١٤٧ مدنى يجب ان تتوافر الشروط التالية .

أولا : ان يكون الحادث استثنائيا : أى حادثا نادر الحصول ، خارجا عن المألوف مثل الزلازل والفيضانات والحروب والاوبئة والسيول وانتشار الجراد او اتلاف المحصول بالدودة . وهذه حوادث طبيعية ، ولكن لا يوجد ما يمنع من ان يكون الحادث قانونيا كما هو الحال فى صدور قانون يحدث هزه اقتصادية . وقد حدث ذلك فى مصر عند صدور قانون الاصلاح الزراعى حيث بيعت الاراضى المنزوعة ملكيتها بأثمان بخسة (سبعة امثال الضريبة) وكان هناك مشترون لعقارات قبل ١٩٥٢ بالتقسيط بأثمان مرتفعه عن اراضى الاصلاح مما أدى إلى انخفاض قيمة اراضيهم إنخفاضا كبيرا.

---

(١) انظر هذه الاحكام عند : عبدالفتاح عبدالباقى ـ فقرة ٢٧٥ ص ٥٤٥ هامش رقم ٢ .

فطالبوا امام القضاء ، برد التزامهم المرهق بباقى الاقساط إلى الحد المعقول . وقد تضاربت احكام القضاء فى ذلك لقوة حجج الفريقين . فالبائعون الدائنون بالاقساط يرون أنهم لا ذنب لهم فى الانخفاض وكل جريرتهم انهم يسروا على المشترين وقبلوا التقسيط ، ولو اشترطوا السداد فورا لما رجع عليهم المشترون ، وقالوا ان مجال نظرية الظروف الطارئة هو العقود الدورية والمستمرة (الزمنية) أما العقود الفورية فلا تعمل النظرية فى مجالها . وقد استقر القضاء مؤيدا من محكمة النقض على انطباق نظرية الظروف الطارئة على هذه العقود وخفف الارهاق عن المشترين لهذه العقارات (١) .

ثانيا : ان يكون الحادث عاما : فلا تعمل نظرية الظروف الطارئة فى مجال الحوادث الفردية أو التى تقع لعدد قليل من الأفراد . بل يجب ان تتأثر بالحادث دولة أو مدينه او منطقة كبيرة ويعم الضرر.

ثالثا : يجب ان يكون الحادث غير متوقع عند التعاقد : فإذا امكن توقعه لم يكن ظرفا طارئا . وتقدير مدى امكان توقعه هو من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع دون رقابة من محكمة النقض .

رابعا : ان يكون الحادث غير ممكن توقيه : فإذا كان المدين

---

(١) عبدالفتاح عبدالباقى : فقرة ٢٧٧ ـ ص ٥٥٣ ـ ٥٦٠ .

يستطيع لو بذل جهدا معقولا أن يتفادى اثر الحادث فلم يفعل كان مقصرا فى ذلك ويتحمل نتيجة خطأه فلا يفيد من نظرية الظروف الطارئة .

خامسا : ان يكون الحادث لاحقا على ابرام العقد وسابقا على اتمام التنفيذ : لأن الحادث إذا كان سابقا على ابرام العقد فإنه يكون معلوما للطرفين ويكونان قد رتبا أوضاعهما التعاقدية على اساسه فلا يكون مجالا للشكوى . وإذا كان الحادث لاحقا على التنفيذ أى وقع بعد انتهائه فإنه لا مجال للشكوى منه اذ أن العقد قد انتهى واستنفدت آثاره جميعها . ويجب الا يكون المدين مقصرا ، فإذا كان سبب الارهاق هو تراخى المدين فى التنفيذ حتى تبدلت الظروف الاقتصادية ، فإنه يتحمل نتيجة تراخيه (١) . ولكن إذا كان المدين يستخدم الدفع بعدم التنفيذ وامتنع محقا عن التنفيذ فإرتفعت الاسعار فإنه لا يكون متراخيا فى التنفيذ وانما هو يستخدم حقا من حقوقه المشروعة اذ يعطيه القانون الحق فى ان يقف تنفيذ التزاماته حتى ينفذ الطرف الآخر إلتزاماته .

سادسا : ان يكون العقد من العقود الزمنية أو من العقود الفورية ولكنه متراخى التنفيذ .

سابعا : ان يكون من اثر الحادث صيرورة تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين أى يهدده بخسارة فادحة .

---

(١) عبدالفتاح عبدالباقى : الفقرة ٢٧٦ ـ ص ٥٤٦ وما بعدها .

ونظرية الظروف الطارئة لا تزيل كل خسارة لحقت بالمدين بل يتحمل المدين الخسارة العادية لأن الاصل ان يتحمل المدين الارتفاع المألوف فى الاسعار ويتحمل الدائن انخفاضها وما يزيد عن الخسارة العادية لا يزيله القاضى بل يخفف منه وتسير محكمة النقض على توزيع الخسارة غير العادية بين الطرفين بالسوية . ولا تخفض الاداءات التى سبق تقديمها بل التى تبدأ بعد الظرف الطارىء . كما ان الاداءات المستقبله التى لا يثبت للقاضى قيام الارهاق فيها لا تخفيف فيها ، وانما تكون محلا لطلب آخر عندما يتحقق الارهاق فيها . وإذا ظهر حادث استثنائى عام آخر غير الاول وزاد فى ارهاق المدين فإنه يجوز الطالبة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة بمناسبته مع مراعاة قوة الامر المقضى بالنسبه لما سبق الحكم به (١) .

وإذا حلت بعض الاداءات ولم يطالب الدائن المدين بها فإن ذلك يحمل على انه تسامح من الدائن ، فإذا وقع ظرف طارىء قبل الوفاء بها فصارت مرهقة جاز التخفيف منها .

وكما يجوز للقاضى التخفيف من التزام المدين ، يجوز له زيادة التزام الدائن . وفى جميع الاحوال يجوز للدائن ان يطلب فسخ العقد إذا

---

(١) السنهورى : الوسيط ـ ج ١ ـ فقرة ٤٢١ .

(٢) جمال زكى : فقرة ١٧٤ .

(٣) عبدالفتاح عبدالباقى : صفحة ٥٦٤ .

كان لا يريد التخفيف عن المدين ولا الزيادة فى التزاماته هو . غير أن الفسخ لا يملكه القاضى ولا يحكم به من تلقاء نفسه بل لابد ان يكون ذلك هو مطلب الدائن .

ونظرية الظروف الطارئة تعمل فى مجال العقود المحددة والعقود الاحتماليه على السواء ، فإذا كان هناك عقد احتمالى بلغت فيه الخسارة حدا يزيد عن الإحتمالات العادية بكثير ، فإنه يجوز رد الإلتزام المرهق فيها إلى الحد المعقول . ولا يجوز للطرفين أن يستبعدا تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقدهما سواء قبل الحادث او بعد وقوعه ، لأن هذه النظرية تعتبر مظهرا من مظاهر العدالة الإجتماعية ولذلك تكون متصلة بالنظام العام .

ورغم تعلق نظرية الظروف الطارئة بالنظام العام ، إلا أنه لا يجوز للقاضى من تلقاء نفسه أن يطبق النظرية ، بل يجب ان يتمسك بتطبيقها ذو المصلحة وهو المدين المرهق . ويجوز للمدين أن يتمسك بها ولو لأول مرة امام محكمة الاستئناف ولكن لا يجوز ذلك لاول مرة امام محكمة النقض لأنه يدخل فيه تقدير الواقع ، وهذه المحكمة تمتنع عن النظر فى مسائل القانون إذا خالطها واقع (١) .

ونظرية الظروف الطارئة تعتبر خروجا على القاعدة العامة

---

(١) عبدالفتاح عبدالباقى : فقرة ٢٨ ـ ص ٥٦٤ .

المتعلقة بالقوة الملزمة للعقد ، كما أنها تخرج بالقاضي عن مجال عمله التقليدى وهو تفسير العقد وتعطيه امكانية تعديل شروط العقد بالزيادة والانقاص فى التزامات الطرفين (١) .

نظرية الظروف الطارئة فى الفقه الاسلامى : " ياخذ الفقه الاسلامى بنظرية الظروف الطارئة بقدر محدود ولكن بطريقة افضل من القوانين الحديثة . وفى هذا المعنى يقول الدكتور عبدالفتاح عبدالباقى : " جرت عادة بعض المحدثين ، سواء أكانوا من فقهاء الشرع الإسلامى أم من فقهاء القانون المدنى المعاصر ، على ان يجدوا تطبيقات معينة لنظرية الظروف الطارئة فى مجال الفقه الإسلامى . وليست كل التطبيقات التى يقولون بها صحيحة فى الحقيقة . إذ أن الحكم فى أغلبها يرتد إلى أساس آخر غير ذاك الذى تقوم عليه تلك النظرية ، فضلا عن الاختلاف الجذرى فى شروط إعماله .

فمن أبرز الحالات التى يقال عنها انها تتمثل تطبيقا لنظرية الظروف الطارئة ، فى مجال الفقه الإسلامى ، حالة فسخ الإيجار بالعذر . ومؤدى هذه الحالة أن يطرأ بعد إبرام عقد الإيجار ، لأى من طرفيه أمر لم يكن فى الأصل فى حسابه ، من شأنه أن يجعل استمرار العقد ضارا به ضررا كبيرا ، وليس من مقتضى العقد أن يتحمله ، فيتمثل هذا الأمر عذرا فى جانبه يتيح له أن ينهى العقد قبل فوات مدته.

---

(١) السنهورى : الوسيط ـ جـ ١ ـ فقرة ٤٢١ .

وإنهاء الإيجار بالعذر ، او فسخه بالعذر ، كما يقال عادة فى لغة فقهاء المسلمين ، حكم أجمعت عليه مذاهب السنة الأربعة ، فى تفاوت فى السعة بينها ، بين رحابة بالغة يسير عليها فقهاء الحنفية ، وتضييق شديد التزمه الشافعية ، وتوسط بين الرحابة والتضييق قام عليه المالكية والحنابلة وأخذ قانوننا المدنى بدوره بفكرة إنهاء الإيجار بالعذر (المادة ٦٠٨) .

"وفسخ الإيجار بالعذر لا يعتبر فى حقيقته تطبيقا لنظرية الظروف الطارئة على نحو ما هى عليه فى القانون المعاصر . فثمة خلاف أساسى فى شروط الإعمال . ففى حين أن نظرية الظروف الطارئة تتطلب لإعمالها أن يكون الحدث الذى يجعل الإلتزام شديد الإرهاق بالمدين حدثا عاما عليه وعلى غيره ، فإن فسخ الإيجار يجوز بالعذر ولو كان خاصا بالمدين نفسه ، كموت المستأجر حيث يجوز لورثته إنهاء الإيجار (المادة ٢/٦٠١ مدنى) ، وكتغيير محل إقامة المستأجر أقتضاه لعمله (المادة ٦٠٩) ، وكتغيير حرفته من التجارة إلى الزراعة مثلا ، حيث يجوز له إنهاء إيجار الحانوت الذى كان يباشر التجارة فيه . ثم إن الأثر مختلف فى النظامين . ففى حين ان إعمال نظرية الظروف الطارئة لا يؤدى إلى أكثر من تعديل إلتزام المدين برده إلى الحد المعقول ، نجد أن فسخ الإيجار بالعذر يؤدى إلى انهاء الإلتزام بالكلية ، بل إلى إنهاء العقد ذاته .

" ولم يحاول فقهاء الحنفية أنفسهم ـ وهم اكثر فقهاء الشرع

الإسلامى أخذا بفكرة فسخ الإيجار بالعذر ـــ تأسيس تلك الفكرة على مجرد الارهاق الذى من شأن الحدث الطارىء أن يرتبه على العاقد وانما ردوه إلى سبب آخر مغاير أساسه ان الإيجار لا يعطى منفعة الشىء دفعة واحده عند ابرامه وانما يعطيها شيئا فشيئا طوال مدته وزمانه ، وما دام الإيجار يعطى المنفعة للمستأجر شيئا فشيئا ، فقد رأى الحنفية أن استيفاء المستأجر إياها يقع بمثابة قبض منه إياها يتكرر على مدى بقاء الإيجار قائما . فإذا طرأ العذر ، أثناء سريان الإيجار ، فإنه يقع عندهم بمثابة سبب وقع قبل القبض ، ينهض سببا موجبا للفسخ . وهكذا رد فقهاء الحنفية فسخ الإيجار بالعذر إلى فكرة العيب الحادث قبل القبض .

"ومما ينسب فى بعض الأحيان إلى نظرية الظروف الطارئة ، اعتبارا بانه يتمثل تطبيقا لها فى مجال الفقه الإسلامى ، وضع الجوائح فى بيع الثمار على الشجر . والجوائح جمع جائحه ، وهى الشدة التى تجتاح المال فتهلكه كله أو بعضه . وقال المالكية إنه إذا بيعت الثمار على الشجر بعد ظهور صلاحها ، وهلكت بجائحه كلها أو بعضها ، فإن هلاكها يكون على البائع ، ويبرأ المشترى من الثمن . وسند المالكية فيما أرتأوه ما رواه مسلم عن جابر ان النبى عليه صلوات الله امر بوضع الجوائح وانه قال : " لن بعت من أخيك ثمرا ، فأصابته جائحة ، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا " .

"ووضع الجوائح فى بيع الثمار على الشجر لا يتمثل بدوره

تطبيقا لنظرية الظروف الطارئة وفق مـا يقـول بـه القـانون المعـاصر . فهو يقوم على اعتبار مغاير ، لا يرتد إلى مجرد الارهـاق الـذى ينتـاب المشترى نتيجة الحدث الطارىء ، وإنما إلى فكرة بقـاء الشـجر المعلقـة به الثمار فى حوزة البائع ، فهو من ثم يعتبر مسئولا عما ينتـاب الثمـار من الهلاك .

"وإذا وصلنا إلى أن فكرة فسخ الإيجـار بـالعذر ووضـع الجوائـح فى بيع الثمار على الشجر لا يتمثلان فى حقيقة الواقع تطبيقين صـادقين لنظرية الظروف الطارئة على نحـو مـا يقـول بـه القـانون المعـاصر ، فإننا نجد أقرب ما يكون تطبيقا لها فى مجال الفقه الإسلامى يتمثل فيمـا قال به أبو يوسف ـ وهو القول المفتـى بـه عنـد الحنفيـة ـ مـن أنـه إذا تغـيرت قيمـة العملـة بعـد البيـع ، وقبـل وفـاء الثمـن سـواء أكـان ذلـك بالإرتفاع او الانخفاض ، فإن المشـترى يلـتزم بدفـع عـدد مـن الدراهـم يتناسب مع قيمة العملة عند البيع ، فلا شك أن تغيير العملة يرجـع إلـى حدث طـارىء عـام ، وليس خاصـا بـأحد العـاقدين . وذاك هـو السـمة الأساسية فى إعمال نظرية الظروف الطارئة . ثم إن تغيير قيمة العملـة بالأرتفاع قد يكون من شأنه ان يرتب الارهاق بالمشـترى وهـو المديـن بالثمن . ولعل الخلاف الكبير بين ما يقوله الحنفية فى هذا الصدد وبيـن منطق الظروف الطارئة فى القانون المعاصر هو أنه إذا تغيرت العملـة بالانخفاض ، فإنه يتعذر إعمالها فى عمومهـا ، علـى الأخـص إذا كـان البائع قد وفى بكل الإلتزامات التى يرتبهـا البيـع عليـه . إذ أن تخفيـض العملة ، قبل الوفاء بالثمن ، وإن كان من شأنه ان يرتـب العسـر للبـائع

وهو الدائن بالثمن ، إلا انه يتمثل يسرًا للمشترى وهو المدين ، ونظريتنا قامت لتناصر المدين وحده لا الدائن أما عند الحنفية ، فيجوز لأى من البائع أو المشترى أن يحاج بتغيير العملة ، ويطلب رد إلتزامه إلى الوضع العادل الذى يتمشى مع قيمتها وقت البيع وواضح ان الفكرة الإسلامية اوسع رحمه واعم عدلا واخلق بالإتباع لاسيما فى وقتنا الحاضر الذى بات فيه انخفاض قيمة العملة يسير بمعدلات رهيبه مجحفه بالدائنين ولا ينبغى ان يقف فى سبيل الأخذ بالفكرة الإسلامية لصالح الدائن تمسكنا بتلك الفكرة العتيقة البالية التى باتت خاوية المضمون وهى فكرة الحفاظ على الثقة فى النقود . ولعل الفكرة الإسلامية التى بشر بها ابويوسف فى خصوص تغيير قيمة العملة قبل الوفاء بالدين تقودنا نحن رجال القانون المعاصر إلى التفكير مليا فى توسعة نظرية الظروف الطارئة بحيث لا يقتصر تطبيقها على المدين وحده بل تشمل الدائن ايضا عندما يكون من شان الظرف الطارىء ان يضعف من حقه إلى حد بالغ كبير وفى انخفاض قيمة العملة إلى الحدود المروعة التى نشاهدها اليوم ابرز مسوغ لما ننادى به " .

المبحث الثالث
المسئولية التعاقدية

٣١٣ – المسئولية التعاقدية La responsabilité contractuelle هى مجازاة المدين على عدم تنفيذ التزامه الناشىء

من العقد . فالمدين الذى يجبره القضاء على تنفيذ التزامه فينفذ ، لم تستخدم ضده المسئولية ؛ لأنه قام بتنفيذ عينى . اما المدين الذى لا ينفذ الإلتزام فيطالبه الدائن بالتعويض ويقتضيه منه ، فهو يدفع التعويض طبقا لقواعد المسئولية العقدية . ولما كنا نتحدث فى هذا البحث عن المسئولية العقدية ، فإننا لا نعرض لتنفيذ الإلتزام . وانما يعنينا هنا فقط الكلام عن المسئولية العقدية التى تلزم المدين بالتعويض للدائن . وهذه المسئولية التى هى فرع من المسئولية المدنية التى تنشأ عن الاخلال بالإلتزام ايا كان مصدره ، أركانها ثلاث هى : الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما . واليك بيان كل من هذه الأركان :

٣١٤ – **أولا : ركن الخطأ** : الخطأ المنسوب إلى المتعاقد هنا هو القيام بتنفيذ التزامه ، سواء كان ذلك من فعله أم ليس من فعله ، وسواء كان فعله هذا عمديا ومقصودا أم كان غير عمدى بإهمال وتقصير منه .

وعدم تنفيذ الإلتزام – باعتباره خطأ – يختلف بحسب ما إذا كان الإلتزام التزاما بنتيجة أى التزاما بتحقيق غاية معينة ، أم كان التزاما بوسيلة ، أى يبذل عناية .

فالإلتزام بتحقيق نتيجة معينة لا يبرأ المدين منه إلا إذا تحققت النتيجة ، ومن هذا النوع الإلتزام بنقل حق عينى ، او بتسليم شىء معين أو بالإمتناع عن عمل . فإذا لم تتحقق النتيجة المطلوبة فى كل

من هذه الحالات كان المدين مخطئا ولايلزم إثبات تقصير معين فى جانبه ، لأن خطأه إنما هو عدم تحقيق النتيجة التى التزم بها . ولا يبرأ من هذا الإلتزام إلا إذا أثبت أن هناك سببا أجنبيا حال بينه وبين تحقيق النتيجة ، وهذا السبب الأجنبى قد يكون قوة قاهرة أوحادثا مفاجئا ، وقد يكون هو فعل الغير او فعل الدائن نفسه . والسبب الأجنبى لا ينفى الخطأ ، إذا ان الخطأ كما قلنا هو عدم تحقق النتيجة وهذه واقعة لا تزول عند وجود السبب الأجنبى ، وإنما يترتب على السبب الأجنبى ان تتقطع رابطة السببية بين الخطأ والضرر ، فالخطأ موجود والضرر موجود ، ولكن لا يمكن القول أن الخطأ تسبب فى حدوث الضرر ، بل الذى تسبب فى حدوث الضرر هو السبب الأجنبى.

ويذهب بعض الفقهاء إلى أنه قد لا يوجد خطأ فى جانب المدين ولكن يوجد السبب الأجنبى (١) .

أما الإلتزام ببذل عناية فهو التزام بالعمل على تحقيق امر معين، وبذل الجهد فى ذلك ، وببذل هذا الجهد تبرأ ذمة المدين من التزامه سواء تحققت النتيجة ام لم تتحقق ، فهو غير مسئول عن تحقيقها ، ويكفى منه ما بذل من جهد كاف فى سبيلها ، والعناية المطلوبة من المدين هى عادة عناية الرجل المعتاد ، وهو ذلك الرجل المتوسط فى صفاته من ذكاء وحسن تقدير واهتمام بمصالحه ، فما يوليه هذا الرجل من العناية لإلتزامه يكون هو القدر المطلوب من المدين كذلك فى أداء

---

(١) جمال زكى : ص ٣٤٨ وما بعدها .

إلتزامه . ولكن قد يقضى القانون أو ينص الأتفاق على تقليل هذه العناية المطلوبة عن عناية الرجل العادى . او يزيد عنها ويشددها ويجعلها فى مستوى عناية الرجل الحريص . وفى هذه الحالات يبقى الإلتزام أيضا التزاما ببذل عناية (١) .

ولا يقتصر الأمر على إمكان التشديد والتقليل فى درجة العناية ، بل إن الأمر يمكن أن يصل إلى حد تحويل الإلتزام ببذل عناية إلى التزام بنتيجة ، او العكس أى تحويل الإلتزام بنتيجة إلى نوع من الإلتزام ببذل العناية ، ويكون كل ذلك بالإتفاق بين الدائن والمدين .

ويعتبر تحويل الإلتزام ببذل عناية إلى التزام بنتيجة تشديدا فى مسئولية المدين ، وعلى ذلك فإن المدين إذا كان فى الأصل مسئولا بحسب معيار الرجل العادى ، فإن التشديد فى مسئوليته يمكن أن يكون بدرجات متفاوتة : أو لها أن يتفق على جعله مسئولا مسئولية الشخص

---

(١) كانت " هناك نظرية قديمة تقسم الخطأ إلى ثلاث درجات : خطأ جسيم لا يقع حتى من شخص مهمل ، وخطأ يسير لا يقع من الشخص العادى ، وخطأ تافه لا يقع من الشخص الحريص . وكانت تقسم العقود بالمقابلة لذلك إلى ثلاثة انواع : عقود تبرم لمصلحة الدائن وحده كالوديعة غير المأجورة ، وفيها يسال المدين عن الخطأ الجسيم وحده . وعقود تبرم لمصلحة الطرفين كعقد الإيجار وفيها يسأل المدين عن الخطأ الجسيم والخطأ اليسير وعقود تبرم لمصلحة المدين وحده كما فى عقد العارية ، وفيها يسأل المدين عن كل خطأ جسيم أو يسير او تافه ولكن هذه النظرية قد استبعدها التقنين المدنى الفرنسى لعدم صحتها ، وحلت محلها الآن التفرقة بين الإلتزام ببذل العناية ، والإلتزام بتحقيق نتيجة أو غاية .

الحريص ، فيسأل عن الخطأ الجسيم واليسير والتافه ، وثانيها أن يتفق على جعله مسئولا عن الفعل المجرد عن الخطأ فيتحول التزامه إلى التزام بتحقيق غاية ، وثالثها أن يتفق على جعله مسئولاعن السبب الأجنبى ، وفى هذا أقصى ما يمكن من التشديد ، وهو يعتبر نوعا من التأمين للدائن .

وعلى عكس ذلك يمكن التخفيف من مسئولية المدين ، فإذا كان اصلا يلتزم بتحقيق نتيجة معينة ، يمكن الاتفاق على جعله غير مسئول عن الفعل المجرد من الخطأ ، فيتحول الإلتزام بنتيجة إلى التزام ببذل عناية ، وفى هذا الإلتزام يمكن أن يشترط المدين اعفاءه من المسئولية عن الخطأ التافه ، ويمكن ان يزيد فيشترط اعفاءه من المسئولية عن الخطأ اليسير ، ولكن لا يستطيع اطلاقا أن يشترط إعفاءه من المسئولية عن الخطأ الجسيم أو الغش حتى ولو كان الغش او الخطأ الجسيم صادرا من تابعيه الذين يستخدمهم فى تنفيذ التزامه ، وعادة ما يلحق الخطأ الجسيم بالغش فى مسائل المسئولية المدنية ، والفارق بينهما فارق ذهنى هو سوء النية فى الغش أو القصد والتعمد فى ارتكاب الخطأ وهذا لا يتوافر فى الخطأ الجسيم ومع ذلك يسوى بينه وبين الغشن حتى لا يدعى المدين الغفله وعدم وجود العمد . وكثيرا ما يعرف الخطأ الجسيم بوصف الحالة النفسية لمرتكبه فيقال أنه ينم عن هبوط مستوى الذكاء والمهارة إلى احط مستوى او هو ضرب من الحمق الزائد او عدم المبالاه إلى درجة مذهلة . ويقدر سوء النية فى حالة الغشن بمعيار ذاتى لذلك يصعب النفاذ إلى نفسية المخطىء أحيانا

خاصة عندما يتظاهربالغباء ولذا سوى الخطأ الجسيم به . ومن معايير تحديد الخطأ الجسيم ان يقاس بمدى اهمية المال الذى وقع به الضرر وهذا فى الحقيقة معيار للضرر لا للخطأ . ويقول معيار آخر انه يقاس بدرجة أمكان توقع احتمال الضرر (١) ونفس النقد السابق يوجه لهذا المعيار . وفى رأى آخر ينظر إلى مدى الصفة الآمرة للواجب القانونى الذى انتهكه . ويرد عليه بأن اوامر القانون لا تفاوت فيها . ويرى البعض ان ينظر إلى ما إذا كان المدين يتقاضى اجرا أم لا أو الى الصفة المهنية للمخطىء .

يلاحظ أن القانون المصرى يفرق فى هذا الشان بين الغش والخطأ الجسيم الذى يصدر من المتعاقد ، فلا يجيز له أن يشترط فى العقد إعفاءه من المسئولية عنه ، وبين الغش والخطأ الجسيم الذى يصدر من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه ، فيجيز له أن يشترط إعفاءه من المسئولية عنه . (المادة ٢١٧ مدنى مصرى) .

٣١٥ – **ثانيا : ركن الضرر** : الضرر هو ما لحق الدائن من خسارة حقيقية وما فاته من كسب فالضرر يتمثل فى خسارة للدائن او فى كسب فائت ناتج مباشرة عن عدم الوفاء بالإلتزام وعلى ذلك فإن الضرر الذى يعوض عنه هو دائما الضرر المباشر فقط ، اما الضرر غير المباشر فلا يستحق عنه تعويض فى المسئولية العقدية . فإذا كان

---

(١) جمال زكى : فقرة ١٨٣ .

أحد الطرفين ملتزما بإصلاح سيارة للآخر ، فلم يفعل ، فاضطر الاخر إلى استئجار سيارة أخرى حتى تصلح سيارته ، فإن أجرة استئجارها تعتبرضررا مباشرا يستحق عنه تعويضا اما إذا اتضح أن هذه السيارة المستأجرة كان بها خلل ترتب عليه وقوع حادث اصيب فيه صاحب السيارة المطلوب اصلاحها ، فإن الضرر الذى أصابه نتيجة هذا الحادث يعتبر ضررا غير مباشر فلا يستحق عنه تعويضا من الطرف الاخر فى عقد اصلاح السيارة .

والضرر قد يكون ماديا وقد يكون أدبيا او معنويا . ومن امثلة الضرر الأدبى ما يصيب سمعة المؤلف لسبب تغييرات احدثها الناشر فى كتابه . او ما يصيب ممثلة كبيرة بسبب كتابة اسمها بحروف صغيرة فى اعلان مسرحى (١) .

٣١٦ – **ثالثا : رابطة السببية بين الخطأ والضرر** : يجب أن يكون خطأ المدين هو السبب فى الضرر الذى حل بالدائن . ورابطة السببية تفترض مادام قد ثبت وجود الخطأ والضرر ، فلا يحتاج الدائن إلى إثباتها . وإذا أراد المدين أن ينفيها ، فعليه أن يقدم الدليل على نفيها ، ويكون ذلك بإثبات وجود سبب أجنبى يقطع رابطة السببية هذه ، فإذا كانت هناك ماشيه يتم نقلها فى عربات لا تقيها البرد فنفقت ولكن ثبت انها مصابة بمرض أدى إلى موتها وانه كان سيقتلها ولو كانت

---

(١) انور سلطان : فقرة ٣٠٤ ــ ص ٢٤٧ .

فى عربات تقيها البرد فإن المرض سبب اجنبى يقطع رابطة السببية(١)

ومن أمثلة السبب الأجنبى : القوة القاهرة وفعل الغير او فعل الدائن نفسه واستحالة تنفيذ الإلتزام استحالة مادية او معنوية . ومن امثلة الاستحالة المعنوية عجز المطرب عن احياء حفلة غنائية بسبب وفاة شخص عزيز عليه ، او عجز الجراح عن اجراء عمليه جراحية لنفس السبب (٢) .

---

(١) جمال زكى : فقرة ١٨٩ ــ ص ٣٤٨ .
(٢) جمال زكى : فقرة ١٩٤ ــ ص ٣٦٠ .

الباب الرابع

إنحلال التصرف القانونى ووقف تنفيذه

٣١٧ - ينقضى العقد بتنفيذ كل الإلتزامات الناشئة عنه أى بالوفاء بها فى العقود الفورية ، وبانتهاء المدة فى العقود الزمنية فإذا لم تحدد لها مدة يمكن انهاؤها من احد العاقدين (١) وانحلال العقد بعد البدء فى التنفيذ او قبله قد يكون كاملا بالنسبة للماضى والمستقبل أو بالنسبة للمستقبل فقط ، وقد يكون جزئيا بأعفاء المدين من بعض التزاماته ، وقد يتم بأتفاق الطرفين وهو الاقاله او التقايل resiliation

---

(١) انور سلطان : فقرة ٣١٣ ـــ ص ٢٥٤ . ويرى الدكتور عبدالفتاح عبدالباقى أن : " الاصل ان العقد لا ينحل بل هو لا ينقضى ، فمن شانه ان يولد الإلتزامات ، والإلتزامات هى التى تنقضى اما بالوفاة او بأسباب الانقضاء الأخرى . وإذا انقضت فإن العقد نفسه لا ينقضى وانما هو يبقى هنا قائما لينهض دعامة وسندا للحقوق التى نشأت نتيجة تنفيذ الإلتزامات المتولدة عنه .. وإذا كانت القاعدة ان العقد لا ينحل فهذه القاعدة ليست مطلقه إذ ترد عليها بعض الاستثناءات منها ما هو خاص بعقود بعينها كالرجوع فى الهبة والانهاء فى الوكالة وحل الشركة . والنوع الثانى هو اسباب الانحلال العامة وهى ثلاثه : الفسخ والانفساخ والتقايل أو التفاسخ .

عبدالباقى : فقرة ٣١١ ـ ص ٦١٠ .

أو بالنسبة للمستقبل فقط ، وقد يكـون جزئيـا بأعفـاء المديـن مـن بعـض التزاماته ، وقد يتم بأتفاق الطرفين وهو الاقاله او التقـايل résiliation أو لسبب يقرره القانون مثل الرجوع فـي الهبـة ، ومثـل الانهـاء بـإرادة منفردة فى عقود الوكالة والعارية والوديعة والمقاولة والقـرض والدخـل الدائم . وقد ينحل العقد بالفسخ (١) résolution .

وينحل العقد دون اثـر رجعـى بالغائـه مـن احـد طرفيـه إذا كـان محدد المدة او تقرر لأحد طرفيه بنص فى القـانون حـق الغائـه بإرادتـه المنفردة . كذلك ينحل العقد الذى يقوم علـى الإعتبـار الشـخصـى بوفـاة أحد طرفيه .

وينحل العقد المـلزم للجـانبين بـاثر رجعـى لإخـلال احـد طرفيـه بالتزامه . إلا إذا استحال تنفيذ الإلتزام لسبب أجنبى فإن الألتزام ينقضـى والعقد الذى انشاه ينفسخ ويعاد الطرفان إلى الحالة التى كانا عليهـا قبـل التعاقد إذا أمكـن ذلـك وإذا انقضـى الإلـتزام فـى العقـد المـلزم للجـانبين ينقضـى الإلتزام المقابل له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه (٢) .

(١) انور سلطان : الفقرة ٣١٣ و ٣١٤ ـ ص ٢٥٤ وما بعدها .
(٢) جمال زكى : الفقرتان ٢٢٤ و ٢٢٥ ـ ص ٤١٩ ـ ٤٢٥ .

ولا نقصد فى هذا الباب الكلام عن انقضاء التصرف بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه ، وانما نقصد الكلام عن فسخ التصرف وانفساخه بسبب عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه والتقايل . والى جانب ذلك نتكلم عن الدفع بعدم تنفيذ العقد ، وهو يتضمن وقفا لتنفيذ العقد .

وعلى ذلك نقسم هذا الباب الى فصلين :

الفصل الأول : فى الفسخ والانفساخ والتقايل .

الفصل الثانى : فى الدفع بعدم التنفيذ .

الفصل الأول
الفسخ والانفساخ والتقايل

المبحث الأول
الفسخ

٣١٨ – يختلف الفسخ عن البطلان فى ان البطلان (وكذا القابلية للابطال) جزاء على عيب فى أركان العقد أو شروط الرضا . أما الفسخ فهو – بعد أن ينعقد العقد صحيحا – يكون جزاء على عدم تنفيذه . والبطلان متى تحققت شروطه لا يملك القاضى الا ان يحكم به وكذا القابلية للابطال ، فليست له سلطة تقديرية فى ذلك (١) . أما الفسخ فالأصل فيه أن للقاضى سلطة تقديرية فى الحكم بغيره وأما من حيث الأثر فهو واحد فى البطلان والفسخ وهو وجوب اعادة الطرفين الى ما كانا عليه قبل التعاقد مع احترام الحقوق التى اكتسبها الغير بحسن نية .

٣١٩ – ويختلف الفسخ résolution عن التقايل . فالتقايل résiliation conventionnelle ou volontaire هو انهاء العقد والغاؤه باتفاق المتعاقدين بعد ابرامه ، أى بايجاب وقبول جديدين . فاذا اتفقا على أن يكون له اثر رجعى كان الغاء للعقد السابق ، ويجب ان

---

(١) عبدالفتاح عبدالباقى : فقرة ٣١٤ – ص ٦١٥ .

تراعى فيه الحقوق التى ترتبت للغير ، بين العقدين . واذا لم يكن له اثر رجعى ، فهو عقد مضاد للعقد الأول ، فاذا كان الأول بيعا ، كان التقايل بيعا ، من المشترى الى البائع الأول . أما الفسخ فقد يكون بمقتضى شرط فى الاتفاق ، أو بحكم قضائى . ويمكن ان يقع التقايل فى الحالات التى يجوز فيها الفسخ بحكم القانون .

٣٢٠ – ويقع الفسخ عندما يكون المدين مماطلا فى تنفيذ العقد . ويوجب القانون فى حالة النص على الفسخ فى العقد اعذار المدين ، والحصول على حكم قضائى ، الا اذا نص الاتفاق على عدم لزوم الحصول على حكم فيبقى من الضرورى اعذار المدين . أما اذا نص الاتفاق على الفسخ دون حاجة الى الاعذار ولا الى الحكم فان الفسخ يقع بقوة القانون . وفى هذا المعنى تقضى المادة ١٥٨ مدنى مصرى بأنه " يجوز الاتفاق على ان يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه . وهذا الاتفاق لا يعفى من الاعذار الا اذا اتفق المتعاقد ان صراحة على الاعفاء منه (١) .

كما تقضى المادة ١٥٧ مدنى بأنه : " فى العقود الملزمة للجانبين

(١) النصوص العربية المقابلة هى : المادة ١٦٠مدنى ليبى مطابقة ، والمادة ١٥٩ مدنى سورى مطابقة والمادة ١٧٨ مدنى عراقى موافقة ، والمادة ٤/٢٤١ موجبات لبنانى موافقة ، والفصل ٢٦٠ التزامات وعقود مغربى مقارب ، والمادة ٢١٠ مدنى كويتى موافقة ، والمادة ١٢٠ مدنى جزائرى موافقة .

اذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين ان يطالبه بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض فى الحالتين ان كان له مقتض . ويجوز للقاضى ان يمنح المدين اجلا اذا اقتضت الظروف ذلك كما يجوز له ان يرفض الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى الالتزام فى جملته " (١) .

ويتعلق الفسخ دائما بالعقود دون التصرفات التى تقوم على الارادة المنفردة ، وفى مجال العقود يتعلق بالعقد الذى يوجد صحيحا دون العقد الباطل ، ولكن يجوز طلب فسخ العقد القابل للابطال لأنه ينتج آثاره الى ان يحكم ببطلانه . ويتعلق الفسخ بالعقود التبادلية أى العقود الملزمة للجانبين (٢) .

---

(١) النصوص العربية المقابلة هى : المادة ١٥٩ مدنى ليبى مطابقة ، والمادة ١٥٨ مدنى سورى مطابقة ، والمادة ١٧٧ مدنى عراقى موافقة ، والمواد ٢٣٩ - ٢٤١ موجبات لبنانى موافقة ، والمادة ٢٠٩ مدنى كويتى موافقة المادة ١١٩ مدنى جزائرى موافقة ، والفصل ٢٥٩ التزامات وعقود مغربى ينص على أنه :

" اذا كان المدين فى حالة مطل كان للدائن الحق فى اجباره على تنفيذ الالتزام ما دام تنفيذه ممكنا . فان لم يكن ممكنا جاز للدائن ان يطلب فسخ العقد وله الحق فى التعويض فى الحالتين .

" اذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن الا فى جزء منه جاز للدائن ان يطلب اما تنفيذ العقد بالنسبة الى الجزء الذى ما زال ممكنا واما فسخه وذلك مع التعويض فى الحالتين .

" لا يقع فسخ العقد بقوة القانون ، وانما يجب ان تحكم به المحكمة " .

(٢) عبدالفتاح عبدالباقى : فقرة ٣١٤ - ص ٦١٥ .

وكما يقع الفسخ بطلب الى المحكمة حتى تقضى به (الفسخ القضائى) يمكن أن يقع بوضع الشرط الصريح الفاسخ فى العقد دون حاجة الى حكم ودون اعذار للمدين ، فيقع الفسخ بقوة القانون .

نظرية الفسخ فى الفقه الاسلامى

يقول الاستاذ الدكتور عبدالفتاح عبدالباقى فى تأصيل فكرة الفسخ فى الفقه الاسلامى(١) : " اصطلاح " الفسخ " كثير الشيوع فى لغة الفقه الاسلامى . ومع ذلك ، فهو لا يعرف نظام الفسخ ، على نحو ما يقول به القانون المعاصر ، أى باعتباره جزاء يترتب لمصلحة أحد العاقدين ، على اخلال العاقد الآخر بالتزاماته ، ويقوم على فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة التى يفرضها العقد على طرفيه " .

" فإخلال احد العاقدين بالتزاماته ، تحت ظل الفقه الاسلامى . لا يمنح العاقد الآخر الخيار بين طلب تنفيذ هذا الالتزام جبرا وبين طلب فسخ العقد ، كما يقضى بذلك القانون المعاصر . فهو لا يخوله الا الحق فى اجباره على الوفاء بالالتزام . فاذا تعذر عليه الوصول الى حقه لم يبق له الا الرجوع على غريمه بالضمان ، أى بالتعويض . وهكذا فالفسخ فى الفقه الاسلامى . لايتمثل جزاء عن الاخلال بالتزام . وهو فى ذلك يغاير القانون المعاصر فى أمر أساسى هام ، ليقترب من القانون الرومانى " .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى : فقرة ٣٨٩ – ص ٤٠٨ وما بعدها

" واذا قلنا ان نظام الفسخ غير معروف فى الفقه الاسلامى ، فإننا نعنى بذلك الفسخ كجزاء قانونى يتوقع تأسيسا على مجرد الاخلال بالالتزام ، ومن غير ضرورة لاشتراط حصوله فى العقد ، على نحو ما يقضى به قانوننا المصرى وغيره من القوانين المعاصرة الأخرى . أما الفسخ كنتيجة لأعمال شرط يتضمنه العقد عند الاخلال بالالتزام ، فهو معروف فى الفقه الاسلامى . فلا يوجد فى الفقه الإسلامى ، ثمة ما يمنع من أن يتفق الطرفان على فسخ العقد ، اذا اخل احدهما بما يفرضه العقد عليه من التزامات . وهذا هو مؤدى النظام المعروف تحت اصطلاح " خيار النقد " ومؤدى " خيار النقد " ان يتفق المتبايعان على أن يؤدى المشترى الثمن خلال مدة معينة ، وإنه اذا لم يؤده خلالها ينفسخ العقد وفقا للرأى الراجح فى الفقه الحنفى ، ولا يصح خيار النقد الا اذا تقيد الأجل المحدد لدفع الثمن بفترة لا تتجاوز ثلاثة أيام . وفى هذا يقضى " مرشد الحيران " بأنه : " اذا اشترط المتبايعان فى عقد البيع أن المشترى اذا لم يؤد الثمن الى ثلاثة ايام صح البيع والشرط . فإن ادى المشترى الثمن فى المدة المعينة ، لزم البيع . وان لم يؤده فى المدة المعينة ، أو مات فى اثنائها قبل أداء الثمن ، فسد البيع " . وقد جاء محمد ، صاحب أبى حنيفة ، يطلق هذا الأجل ، قائلا بأن خيار النقد يصح ، ولو زاد على ثلاثة أيام . وقد تبنت " المجلة " رأى محمد " .

" وقد أقرت " المجلة " خيار النقد " فجاءت المادة ٣١٣ منها ، بصدد البيع ، تقضى بأنه : " اذا تبايعا ، على أن يؤدى المشترى الثمن

فى وقت كذا ، وان لم يؤده فلا بيع بينهما ، صح البيع . وهذا يقال له خيار النقد " . فوفقا لهذا النص ، يسوغ ان يتضمن عقد البيع شرطا يقضى بفسخه ، إذا لم يؤد المشترى الثمن فى الوقت المعين له . وكل ما يلزم لإعمال " خيار النقد " ، تحت ظل" المجلة " أن يتفق عليه ، وأن تكون مدة دفع الثمن محددة ، وان لم يلزم أن تتقيد بفترة الثلاثة أيام ، على خلاف الرأى الراجح فى الفقه الحنفى " .

" وحكم " خيار النقد " تحت ظل الفقه الاسلامى الحنفى ، أنه اذا لم يؤد المشترى الثمن خلال الميعاد المتفق عليه ، فإن البيع لا يفسخ ، بمفهوم هذا الاصطلاح فى فقه القانون المعاصر ، ولكنه يصير فاسدا ، بمفهوم العقد الفاسد فى الفقه الحنفى والذى سبق لنا ان حددناه عند الكلام فى نظرية البطلان فى الفقه الاسلامى . وفى ذلك تقضى المادة ٣١٤ مجلة بأنه : " اذا لم يؤد المشترى الثمن فى المدة المعينة ، كان البيع الذى فيه خيار النقد فاسدا " .

" وهكذا يختلف أثر " خيار النقد " فى الفقه الحنفى " عن مؤدى نظام الفسخ فى القانون المعاصر عامة ، وفى قانوننا المصرى خاصة ، حتى فى الحالة التى يتفق فيها على اعتبار العقد مفسوخا عند الاخلال بالالتزام ، أى حتى فى حالة الفسخ الذى يقع بقوة القانون ، عند الاتفاق عليه . ففى حين أنه يترتب على الاخلال بالالتزام ، عند الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا ، فى ظل القانون المعاصر ، زوال هذا العقد بمجرد حصول هذا الاخلال ، فإنه لا يترتب عليه ، فى ظل الفقه

الاسلامى الحنفى ، أكثر من أن يصـير العقد فاسدا . واذا كـان مؤدى صيرورة العقد فاسدا هنا ان يثبـت للبـائع خيـار فسـخ العقـد ، وبالتـالى اسـترداد المبيـع ، الا ان حقـه فـى هـذا الاسـترداد يمتنـع ، إذا كـان المشترى قد قبض المبيع ، ثم تصرف فيه ، بان باعه ، مثلا، أو وهبه، أو استهلكه او زاد فيه شـيئا مـن مالـه . ففـى هـذه الحالـة ، تـزول عـن البـائع رخصـة الفسـخ ، ولا يبقـى لـه الا ان يطـالب المشـترى بقيمـة المبيع . وليس بثمنه " .

" ويلاحظ ، مع ذلك ، أن نظام " الفسخ " باعتبار انه يخول لأحـد العاقدين أو لكليهما سبيل الخلاص من العقد بعد قيامـه ، دون ان يكـون بالضرورة جزاء عن الاخلال بالالتزام ، يلاحظ ان نظام الفسخ منظورا اليـه علـى هذا الاعتبـار معـروف فـى الفقـه الاسـلامى . بـل ان الفقـه الاسلامى يتوسع الى حد كبير فى تقرير هذا الحكم ، ويرده الى أسـباب شتى متنوعة ، كثيرا ، بـل غالبـا ، مـا ترجـع الـى ذات تكويـن العقـد ، وليس فقط الى الاخلال بتنفيذه . ويمكننـا رد هـذه الاسـباب الـى أمريـن اساسين ، هما الآتيان " :

"١ – وجود خلل فى تكوين العقد ، وعلى الأخص ما تعلـق منـه بالمعقود عليـه . وهنـا يختلـط الفسـخ بـالبطلان . ونسـتطيع ان نـدرج ، تحت هذا الباب ، خيار الوصف وخيار الرؤية ، وخيـار العيـب وخيـار الغبن والتغرير " .

"٢ – تضمن العقد شرطا يمنح أحد العاقدين او كليهما رخصة فسخ العقد . ويندرج تحت هذا الباب ، خيار الشرط ، وخيار النقد " .

المبحث الثانى
الانفساخ

٣٢١ – نص قانونى : تنص المادة ١٥٩ مدنى على أنه : " فى العقود الملزمة للجانبين اذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه " (١) .

يقع انفساخ العقد بحكم القانون وقوته دون حاجة الى نص فى العقد ، ودون حاجة الى اعذار المدين ولا الى استصدار حكم قضائى يقرر الانفساخ ، فالعقد يفسخ تلقائيا ، لأن الالتزام قد صار مستحيلا تنفيذه فلا معنى لبقاء العقد ، وتنقضى كل الالتزامات الناشئة عنه . فالمدين يبرأ من التزامه ولا يكون مسئولا عنه لأن استحالة التنفيذ لم تكن بفعله ، بل الفرض فيها هنا انها ترجع الى سبب أجنبى

---

(١) يلاحظ ان القوة القاهرة ، وهى حادث يتعذر توقعه او توقيه ، لا تؤدى للانفساخ الا اذا كانت الاستحالة نهائية ، أما الاستحالة المؤقتة فتقف تنفيذ الالتزام حتى تزول وهذه التفرقة من صنع القضاء الفرنسى . انظر : جمال زكى : فقرة ٢٢٦– ص ٤٢١ .

لا يد لـه فيــه (١) . والدائـن يـبرأ مـن التزامــه نحـو المديـن ، لأن هناك ارتباطا بين هذه الالتزامات المتقابلة أو بنـاء علـى نظريـة السـبب كما عد لها كابيتان فاذا انقضى التزام المديـن انقضـى فـى نفس الوقـت التزام الدائن . ومعنى هذا أن المدين هـو الـذى يتحمـل التبعـة فـى هـذه الحالة ، فاذا التزم البائع بنقل ملكيـة دار الـى المشـترى ثـم هلكـت فـان المشـترى لا يـلزم بدفـع الثمـن واذا كـان قـد اداه اسـترده وبـذا يتحمـل البـائع تبعــة الاســتحالة . هـذا فــى العقـد المـلزم للجـانبين امـا فــى العقـود الملزمـة لجـانب واحـد فالقـاعدة هـى العكـس أى يتحمـل الدائــن تبعة الاستحالة .

---

(١) عبدالفتاح عبدالباقى : فقرة ٣٣١ – ص ٦٥١ . واذا هلك محل الالتزام مخلفا وراءه شيئا مثل الانقاض او الحق فى التعويض او عوض التأمين فقد يسـعى الدائن الـى الحصـول عليـه ، والطريـق ميسـر فـى القـانون الفرنسـى بفضـل المـادة ١٣٠٣ مدنى ونصها : " عند هلاك الشىء أو خروجه عـن دائـرة التعـامل أو فقده دون خطأ من المدين فـان المدين يلـتزم اذا كـانت هنـاك بعـض حقـوق أو دعـاوى تعويض متعلقة بهذا الشىء بأن يتركها لدائنه " وجـاءت المـادة ٢٨٣ مـن مشـروع التقنين المدنـى المصـرى بهذا الحكم غير أن لجنـة المراجعـة حذفتهـا لأنـه حكـم تفصيلى تكفى فيه القواعد العامة . ويرى الدكتور عبدالفتاح عبدالباقى (فقرة ٣٣٢ – ص ٦٥٤ – ٦٥٧) أنه تمشيا مع منطق نظام انقضـاء الالـتزام . تأسيسـا علـى استحالة تنفيذه ومـع نظـام الانفسـاخ يـرى اعتبـار الالـتزام ممكنـا غير مسـتحيل ولا يقع الانفساخ اذا قنع الدائن بما يخلفه الهـلاك مـن شـىء أو حـق اقتضـاء لدينـه ويمكن دعم هذا الرأى بنظرية الحلول العينى .

ويشترط لوقوع الانفساخ الشروط التالية :

١ - ان يصير تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة موضوعية مطلقة والاستحالة ليست الاستحالة الذاتية للمدين . والمانع المؤقت من التنفيذ لا يؤدى للانفساخ وانما هو سبب للوقف أو ارجاء التنفيذ .

٢ - يجب ان تكون الاستحالة ناشئة فى تاريخ لاحق لقيام العقد ، لأنها اذا كانت سابقة على انعقاده كان الجزاء هو البطلان .

٣ - يجب ان تكون استحالة التنفيذ كاملة . اما اذا استحال تنفيذ جزء من الالتزام فقط فالعقد لا ينفسخ وانما يثبت للدائن الخيار بين ان يطلب الفسخ أو ان يتمسك بتنفيذ الجزء الباقى الممكن .

٤ - يجب ان تكون الاستحالة راجعة لسبب أجنبى .

وليس للانفساخ اثر رجعى فى العقود المستمرة ، وفى غيرها يكون له اثر رجعى وتعاد الحال الى ما كانت عليه قبل التعاقد ، فان تعذر ذلك يقدم اداء معادل . ولا يخل الأثر الرجعى بحقوق اكتسبها الغير بحسن نية . ولا تعويض للدائن اذا كانت الاستحالة راجعة لسبب اجنبى سواء كانت كلية أوجزئية (١) .

---

(١) عبدالفتاح عبدالباقى : فقرة ٣٣٣ - ص ٦٥٨ - ٦٥٩ .

المبحث الثالث
التقايل

٣٢٢ – تعنى الاقالة أن تنقضى الالتزامات التعاقدية اذا ارتضى المتعاقدان عقب ابرام العقد التحلل منها (١) وتختلف الاقالة عن الفسخ فى انها رضائية اما الفسخ فيقع بحكم القاضى أو بقوة القانون بمجرد الاخلال . وفى الاقالة لا يلزم حصول اخلال بالعقد اما فى الفسخ فيلزم ذلك.ورغم ان الاقالة او التقايل ليست له أحكام منصوص عليها فى القانون المصرى الا أن محكمة النقض طبقتها عملا وقررت ان الاقالة كما يجوز ان يكون الاتفاق عليها صراحة ، يجوز ان يكون ضمنيا ، فاذا قام كل من البائع والمشترى بتبادل نفس الاداءات بطريقة عكسية ، اى رد المشترى المبيع ورد البائع الثمن كان هذا تقايلا ضمنيا .

ولما كانت الاقالة الاختيارية اتفاقا ، فهى تخضع للقواعد العامة فى أركان العقود وشروطها وهى لا تفترض ولا يتوسع فى تفسيرها . ويمكن لمن كان نائبا قانونيا عن غيره أن يبرم الاقالة الاختيارية اذا كانت السلطات التى يخولها له القانون تتسع لذلك ، وتحققت منها مصلحة لمن يمثله . وتؤدى الاقالة الى اعادة الحال الى ما كان عليه قبل العقد . وقد تكون اقالة كلية أو جزئية ، وهى تزيل العقد بالنسبة الى الماضى والمستقبل فى علاقة المتعاقدين وخلفهما ودائنهما اما بالنسبة للغير فلا تنتج أثرا الا بالنسبة للمستقبل . وقد اختلفت المذاهب الاسلامية فى ذلك ، فقالت المالكية وأهل الظاهر ان الاقالة عقد جديد

وليست فسخا للعقد الاول وهذا بالنسبة للعاقدين وللغير . ورأى الحنابلة أنها فسخ اتفاقى للجميع وقرر الحنفية ان لها طبيعة مزدوجة فهى فسخ بالنسبة الى العاقدين وهى عقد جديد بالنسبة للغير . وقد اخذ بذلك التقنين العراقى فى المادة ١٨٣ والتقنين الكويتى فى المادة ٢١٨ .

وليس من شأن الاقالة الاختيارية ان تؤثر على حق اكتسبه الغير بوجه صحيح ، فلابد ان يراعى اتفاق الاقالة حقوق الغير ، أو بعبارة اخرى لا يكون هذا الانفاق نافذا فى مواجهة من اكتسب حقا بحسن نية على الشيء موضوع الاتفاق .

وتوجب الاقالة عودة المتعاقدين - بارادتهما - الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد الأول ، فيجب عليهما تبادل الأداءات عكسيا ، دون ان يدخلا على العقد الأصلى عنصرا جديدا او يعد لا فيه . فان جرى شيء من ذلك جاز ولكنه لا يكون اتفاقا على الاقالة بل يكون عقدا جديدا .

فكل تعديل يجرى على العقد الأصلى يفسد الاقالة ويحولها الى عقد جديد . وغنى عن البيان ان الاقالة اذا تعلقت بعقار وجب تسجيلها والا كانت عديمة الأثر سواء فيما بين أطرافها أو بالنسبة الى الغير .

الفصل الثانى
الدفع بعدم التنفيذ

٣٢٣ – الدفع بعدم تنفيذ الالتزام exceptio non adimpleti contractus هو صورة مخففة من انهاء العقد ، فهو لا يلغى العقد نهائيا ، ولا يقضى الالتزامات الناشئة عنه بل هو يوقف فقط تنفيذ هذه الالتزامات ، وقد نصت عليه المادة ١٦١ مدنى بقولها : " فى العقود الملزمة للجانبين اذا كانت الالتزمات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين ان يمتنع عن تنفيذ التزامه اذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به " (١) .

ومجال الدفع بعدم التنفيذ هو العقود الملزمة للجانبين ، فالعقد الملزم لجانب واحد لا يدفع بعدم تنفيذه لأنه لا يوجد التزام مقابل يوقف تنفيذه .

والدفع بعدم التنفيذ يعتبر صورة من صور الحق فى الحبس ، غير ان حق الحبس أوسع نطاقا منه بكثير . ولا يعمل الدفع بعدم التنفيذ فى غير مجال العقود كالعلاقة بين الفضولى ورب العمل أو بين

---

(١) النصوص العربية المقابلة هى : المادة ١٦٣ مدنى ليبى مطابقة ، والمادة ١٦٢ مدنى سورى مطابقة ، والمادة١٢٣ مدنى جزائرى مطابقة ، والمادة ٢٨٠ مدنى عراقى موافقة ، والمادة ٢١٩ مدنى مدنى كويتى موافقة والمادة ٢٣٥ مغربى موافقة .

الوصي والقاصر. ولا يجوز الدفع بعدم تنفيذ التزام طبيعي ولا مضاف لأجل واقف (١) .

وللتمسك بالدفع بعدم التنفيذ لا يلزم اعذار المدين ، الا اذا كان التزام المدين لا ينشأ اصلا الا باعذاره . ولا يلزم رفع دعوى لأن الدائن هنا يتمسك بدفع . والمتمسك بالدفع لا يحتاج الى رفع دعوى بل وضعه الطبيعي ان يترقب رفع الدعوى عليه فيواجهها بالدفع بعدم التنفيذ . ويترتب على التمسك بالدفع بعدم التنفيذ ان الدائن يستطيع ان يوقف تنفيذ التزامه . فاذا كان ملتزما بعمل لا يقوم بالعمل ، وان كان ملتزما بنقل حق عيني توقف عن نقله وان كان ملتزما بامتناع عن عمل كان له ان يأتي العمل الممنوع .

والدفع بعدم التنفيذ وسيلة دفاعية لا هجومية فلا يتمسك به المتعاقد الا اذا طولب مطالبة ودية أو قضائية ، فاذا طولب خارج ساحة المحكمة ولم يتمسك به فلا يمنعه ذلك من التمسك به أمام المحكمة ولا يعتبر مخلا بالتزامه . والدفع لا يتصل بالنظام العام ويمكن اشتراط امتناعه على احد المتعاقدين او كليهما ، ويجوز النزول عن مباشرته صراحة أو دلالة بشرط ان تكون هذه الدلالة قاطعة . وليس للقاضي ان يقضي به من تلقاء نفسه بل يتمسك به ذو المصلحة .

---

(١) جمال زكي : فقرة ٢٢٣ – ص ٤١٦ – ٤١٨ .

والتمسك بالدفع بعدم التنفيذ لا يمنع من طلب فسخ العقد ، والعكس صحيح .

ولا يكفى ان يكون حق من يتمسك بالدفع مستحق الاداء حالا بل يلزم الا يكون مجبرا بمقتضى العقد او القانون أو العرف أو العادة ان ينفذ أولا . ويتقيد التمسك بالدفع بعدم التنفيذ بقاعدة عدم جواز اساءة استعمال الحق ووجوب تنفيذ العقد على نحو ما يقتضيه حسن النية ، فلا يسوغ التمسك به على وجه يتعارض مع وظيفته الاجتماعية ومع ما يجب ان يسود التعامل من شرف ونزاهة وحسن نية وعلى الأخص لا يجوز التمسك به اذا كان المتعاقد الآخر وفى الجزء الأكبر ولم يبق الا القليل (١) .

---

(١) عبدالفتاح عبدالباقى : الفقرات ٣٤١ - ٣٤٤ - ص ٦٧٠ - ٦٧٤ .

ملحق بمشروع مجلس الشعب المصرى للقانون المدنى
(الجزء الخاص بنظرية العقد)

القسم الأول
الالتزامات أو الحقوق الشخصية

الكتاب الأول
الالتزامات بوجه عام

الباب الأول
مصادر الالتزام

الفصل الأول
العقد

الفرع الأول
أركان العقد

(١) التراضى

(مادة ٧٣)

العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره فى المعقود عليه .

يطابق هذا النص التعريف الوارد فى المادة ٢٦٢ من مرشد الحيران ، فهى تقول : " العقد هو عبارة عن ارتباط الايجاب الصادر

من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره فى المعقود عليه – ويترتب على العقد التزام كل واحد من العاقدين بما وجب به للآخر " . وكذلك المادة ٨٧ من التقنين المدنى الاردنى .

ويطابق المادة ٧٣ من التقنين المدنى العراقى والمادة ١٠٣ من قانون التجارة الكويتى ويقابل المادة ٣١ من التقنين المدنى الكويتى (انظر ايضا المجلة م ١٠١ – ١٠٤ والمذكرة الايضاحية لمشروع التقنين الحالى) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين الحالى تجنبا للتعريفات الفقهية . وهو مستمد من الفقه الاسلامى . ويدل على النزعة الموضوعية التى تسود هذا الفقه . بينما الفقه اللاتينى المشتق من القانون الرومانى تسوده النزعة الذاتية . فالنقطة البارزة فى تعريف الفقه اللاتينى للعقد انه ينشىء التزامات على عاتق شخص أو اكثر ، أما النقطة البارزة فى تعريف الفقه الاسلامى للعقد انه يثبت اثره فى المحل .

(مادة ٧٤)

يتم ارتباط الايجاب بالقبول ، فىالوقت الذى يتبادل فيه المتعاقدان التعبير عن ارادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من اوضاع لانعقاد العقد .

يقابل هذا النص المادة ٨٩ من التقنين الحالى التى تقول : " يتم

العقد بمجرد ان يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد " .

ويقابل المادة ٩٠ من التقنين المدنى الاردنى التى تقول : " ينعقد العقد بمجرد ارتباط الايجاب بالقبول ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من اوضاع معينة لانعقاد العقد " .

ويقابل المادة ٣٢ من التقنين المدنى الكويتى .

ويقابل المادة ١٠٤ من المجلة التى تقول :" الانعقاد تعلق كل من الايجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر اثره فى متعلقهما " .

(مادة ٧٥)

١ - يكون التعبير عن الارادة باللفظ وبالكتابة وبالاشارة المتداولة عرفا ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضى ، كما يكون باتخاذ موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود .

٢ - ويجوز ان يكون التعبير عن الارادة ضمنيا ، اذا لم ينص القانون او يتفق الطرفان على ان يكون صريحا .

هذه المادة تقابل المادة ٩٠ من التقنين الحالى التى تقول :

" ١ – التعبير عن الارادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالاشارة المتداولة عرفا ، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على المعنى المقصود .

٢– ويجوز ان يكون التعبيرعن الارادة ضمنيا ، اذا لم ينص القانون او يتفق الطرفان على ان يكون صريحا " . وقد اضيف الى صور التعبير الصريح فى الفقرة الأولى من هذه المادة توضيح يبين ان الاشارة المتداولة عرفا تكون معتبرة ولو من غير الأخرس . كما اضيفت صورة اخرى لهذا التعبير ، وهى المبادلة الفعلية الدالة على التراضى .

وتقابل فى فقرتها الأولى المادة ٧٩ من التقنين العراقى والمادة ٩٣ من التقنين الاردنى .

وتقابل المادتين ٣٤ و ٣٥ من التقنين المدنى الكويتى .

وهى مستمدة من الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ٣٤٦ من مرشد الحيران على أنه " كما ينعقد البيع بالايجاب والقبول خطابا يصح انعقاده بهما تحريرا او مكاتبة ... وينعقد البيع ايضا بالاشارة المعروفة للأخرس " . ونصت المادة ٣٤٧ على أنه " يصح انعقاد البيع بالتناول والتعاطى " . ونصت المادة ١٧٣ من المجلة على أنه " كما يكون الايجاب والقبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة ايضا " . ونصت

المـادة ١٧٤ علـى أنـه " ينعقد البيـع بالاشـارة المعروفـة للأخــرس " . ونصت المادة ١٧٥ على أنه " حيث أن المقصد الأصلـى مـن الايجـاب والقبول هو تراضى الطرفين فيتبعه البيــع بالمبادلـة الفعليـة الدالـة علـى التراضى ويسمى هذا بيع التعـاطى (انظـر ايضـا المبسـوط ج ١٢ ص ١٠٨ - ١٠٩ . البدائع ج ٥ ص ١٣٣ - ١٣٥ بداية المجتهد ج٢ ص ١٤١ . المغنـى ج ٤ ص ٤ و ٥ . وانظـر فيمـا يتعلـق بقبـول الاشــارة مــن غــير الاخــرس ، الزرقــانى ج ٥ ص ٤ . المذكــرة الايضـاحيــة للتقنين الحالى) .

(مادة ٧٦)

ينتج التعبير عن الارادة اثره فى الوقت الـذى يتصـل فيـه بعلـم من وجه اليه . ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ، ما لم يقـم الدليل على عكس ذلك .

يطـابق هذا النص المادة ٩١ مــن التقنيـن الحــالى ، ويقـابل المـادة ٣٦ من التقنين المدنى الكويتى .

(مادة ٧٧)

يسقط التعبير عن الارادة اذا كان من صدر منه أو من وجه اليه هذا التعبير قد مات أو فقد اهليته قبل ارتباط الايجاب بالقبول .

هذه المـادة تقابلهـا المـادة ٩٢ مـن التقنين الحـالى التى تنص على

انه " اذا مات من صدر منه التعبير عن الارادة أو فقد اهليته قبل ان ينتج التعبير اثره ، فان ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه اليه ، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل " .

وجاء فى المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين الحالى فى صدد هذا النص ما يأتى :

يجرى المذهب المالكى على هذا الرأى : الزرقانى ج٥ ص٦٥ . أما المذهب الحنفى فهو على خلاف ذلك : البدائع ج٥ ص ٢٢٨ وج ٦ ص ٢٠ ـ الهداية ج٥ ص ٧٨ ـ الاشباة ص ١٤٣.

وقد رؤى فى النص المقترح العدول عن الحكم الوارد فى نص التقنين الحالى والأخذ برأى جمهور الفقه الاسلامى وهم الحنفية (البدائع ج٥ ص ٢٢٨ وج٦ ص ٢٠) والشافعية (مغنى المحتاج ج٢ص ٦) والحنابلة (المغنى لابن قدامة ج٣ ص٤٨٢) والشيعة الجعفرية (فقه الامام جعفر ج ٣ ص ٤٤) .

حيث ترى هذه المذاهب ان الايجاب يسقط بموت الموجب او بفقده اهليته على أساس خيار الموجب فى الرجوع فيه ، اذ انه يتعذر عليه حينئذ اعمال هذا الخيار .

وعليه فبمقتضى النص المقترح لا ينعقد العقد اذا كان الموجب او القابل قد مات او فقد اهليته قبل ان ينتج القبول اثره بوصوله الىعلم الموجب أى قبل ارتباط الايجاب بالقبول .

(مادة ٧٨)

١ – اذا عين ميعاد للقبول ، التزم الموجب بالبقاء على ايجابه الى ان ينقضى هذا الميعاد .

٢ – وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة .

هذه المادة تطابق المادة ٩٣ من التقنين الحالى . وتطابق الفقرة الأولى منها المادة ٨٤ من التقنين العراقى والمادة ٩٨ من التقنين الأردنى ، وتطابق المادة ٢/٤١ من التقنين المدنى الكويتى .
وهذا النص يجد سنده فى الفقه المالكى .

(مادة ٧٩)

١ – اذا صدر الايجاب فى مجلس العقد ، دون أن يعين ميعاد للقبول ، فإن الموجب يتحلل من ايجابه اذا لم يصدر القبول فورا وكذلك الحال اذا صدر الايجاب من شخص الى آخر بطريق الهاتف أو بأى طريق مماثل .

٢ – ومع ذلك يتم العقد ، ولو لم يصدر القبول فورا ، اذا لم يوجد ما يدل على ان الموجب قد عدل عن ايجابه في الفترة ما بين الايجاب والقبول وكان القبول قد صدر قبل ان ينفض مجلس العقد .

هذه المادة تطابق المادة ٩٤ من التقنين الحالى .

وتقابل المادة ٨٢ من التقنين العراقى والمادة ٩٦ من التقنين الأردنى ، وهما تنصان على ما يأتى : " المتعاقدان بالخيار بعد الايجاب الى آخر المجلس . فلو رجع الموجب بعد الايجاب وقبل القبول أو صدر من أحد المتعاقدين قول أو فعل يدل على الأعراض يبطل الايجاب ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك "

وتقابل المادة ٤٦ من التقنين الكويتى .

وحكم المادة المقترحة مستمد من قواعد الفقه الاسلامى فى مجلس العقد . وقد جاء فى المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين الحالى ما يأتى : " لمن وجه اليه الايجاب ان يقبله عند الحنفية ، الى وقت انفضاض المجلس او الى الوقت الذى يصدر منه ما يدل على الاعراض (أنظر م١٧٢ – ١٨٣ من المجلة . والبدائع ج٥ ص١٣٧ ، ١٣٨ ، ٢٢٨) . أما المذهب الشافعى فيشترط اصحابه القبول فورا ولكنهم يخولون القابل حق العدول ، وهو ما يسمونه خيار المجلس ، الى وقت افتراق المتعاقدين . اما المذهب المالكى فيتفق فى الرأى مع

مذهب الشافعية ولكنه لا يعطى القابل خيار المجلس (انظر فيما يتعلق بالمذهبين الأخيرين بداية المجتهد ج٢ ص ١٤١ - ١٤٣ والمغنى ج٤ ص ٢٦) . وجاء ايضا فى هذه المذكرة ما يأتى : " بعد أن عين المشروع المدة التى يكون الايجاب خلالها ملزما عند تحديد ميعاد له واجه الحالة التى لا يحصل فيها تحديد . وينبغى التمييز فى هذا المقام بين صورتين :

(أ) فيلاحظ أولا ان الايجاب اذا وجه لشخص حاضر وجب ان يقبله من فوره . وينزل الايجاب الصادر من شخص الى آخر بالتليفون أو بأية وسيلة مماثلة منزلة الايجاب الصادر الى شخص حاضر .

وقد أخذ المشروع فى هذه الصورة من المذهب الحنفى قاعدة حكيمة ، فنص على ان العقد يتم ولو لم يحصل القبول فور الوقت ، اذا لم يصدر قبل افتراق المتعاقدين ما يفيد عدول الموجب عن ايجابه فى الفترة التى تقع بين الايجاب والقبول . وقد رؤى من المفيد أن يأخذ المشروع فى هذه الحدود ، بنظرية الشريعة الاسلامية فى اتحاد مجلس العقد .

(ب) أما اذا صدر الايجاب لغائب فيبقى الموجب مرتبطا به الى أن ينقضى الميعاد الذى يتسع عادة لوصول القبول اليه ، فيما لو كان قد أرسل هذا القبول دون ارجاء لا تبرره الظروف . وللموجب أن يفترض ان ايجابه قد وصل فى الميعاد المقدر لوصوله " .

(مادة ٨٠)

١ - لا ينسب الى ساكت قول ، ولكن السكوت فى معرض الحاجة الى البيان يعتبر قبولا .

٢ - ويعتبر السكوت قبولا بوجه خاص فى الأحوال الآتية :
(أ) اذا كانت طبيعة المعاملة او العرف التجارى او غير ذلك من الظروف تدل على ان الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول ، فان العقد يعتبر قد تم اذا لم يرفض الايجاب فى وقت مناسب .
(ب) اذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الايجاب بهذا التعامل وسكت من وجه اليه الايجاب عن الرد .
(جـ) اذا تمحض الايجاب لمنفعة من وجه اليه .

٣ - يعتبر سكوت المشترى بعد ان يتسلم البضائع التى اشتراها قبولا لما ورد فى قائمة الثمن من شروط .

الفقرة الأولى من هذه المادة نص مستحدث يتضمن القاعدة والاستثناء فيما يتعلق بمدى صلاحية السكوت للتعبير عن ارادة القبول وهو مستمد من الفقه الاسلامى . وقد نصت عليه المادة٦٧ من المجلة. كما وردت تطبيقات لحكمه فى مواد عديدة من المجلة (انظر م ٢٧٦ ، ٤٣٨ ، ٨٠٥ ، ١٦٥٩) . (انظر كذلك الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ٧٨ - الاشباه والنظائر للسيوطى ص ٩٧ ، ٩٨) .

وهذه الفقرة تطابق الفقرة الأولى من المادة ٨١ من التقنين العراقى ، والفقرة الأولى من المادة ٩٥ من التقنين الأردنى ، وتطابق فى الجزء الأخير منها الفقرة الأولى من المادة ٤٤ من التقنين المدنى الكويتى .

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتقابل المادة ٩٨ من التقنين الحالى ، وتقابل الفقرة الثانية من المادة ٨١ من التقنين العراقى ، والفقرة الثانية من المادة ٩٥ من التقنين الأردنى ، والفقرة الثانية من المادة ٤٤ من التقنين المدنى الكويتى .

أما الفقرة الثالثة فتضيف تطبيقا كان واردا فى نص المشروع التمهيدى للتقنين الحالى .

وما جاء فى الفقرتين الثانية والثالثة يتضمن مجرد تطبيقات للاستثناء الوارد على القاعدة .

(مادة ٨١)

١ - لا يتم العقد ما لم يتفق الطرفان على كل المسائل التى تفاوضا فيها بشأن هذا العقد . أما الاتفاق على بعض هذه المسائل ، فلا يكفى لالزام الطرفين ، حتى لو اثبت هذا الاتفاق بالكتابة .

٢ - ومع ذلك اذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية

فى العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ان العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، اعتبر العقد قد تم . واذا قام خلاف على المسائل التى لم يتفق عليها ، فان المحكمة تقضى فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة .

الفقرة الأولى من هذه المادة مستحدثة . وكان المشروع التمهيدى للتقنين الحالى يتضمن نصا مطابقا لهذه الفقرة ، هو المادة ١٢٧ ، ولكن حذفت هذه المادة فى لجنة المراجعة لعدم الحاجة اليها . وحكمها مسلم به فى الفقه الاسلامى (البدائع ج٥ ص ١٣٦ ، ١٣٧ . ابن عابدين ج٤ ص٢٥) . وقد نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٨٦ من التقنين العراقى ، والفقرة الأولى من المادة ١٠٠ من التقنين الأردنى .

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تطابق المادة ٩٥ من التقنين الحالى ، والفقرة الثانية من المادة ٨٦ من التقنين العراقى ، والفقرة الثانية من المادة ١٠٠ من التقنين الأردنى ، وتقابل المادة ٥٢ من التقنين المدنى الكويتى .

(مادة ٨٢)

١ – يجب لانعقاد العقد ان يكون القبول مطابقا للايجاب .

٢ – فاذا اقترن القبول بما يزيد فى الايجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه ، اعتبر رفضا يتضمن ايجابا جديدا .

الفقرة الأولى من هذه المادة مستحدثة . وهى تطـابق فـى حكمهـا المـادة ٨٥ مـن التقنيـن العراقـى ، والفقـرة الأولـى مـن المـادة ٩٩ مـن التقنيـن الأردنـى ، والفقـرة الثانيـة مـن المـادة ٤٣ مـن التقنيـن المدنـى الكويتـى وحكمهـا مسـلم بـه فـى الفقـه الاسـلامى (م١٧٧ - ١٨٠ مـن المجلة ، البدائع ج٥ ص ١٣٦ . المختار ج٣ ص ٤) .

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تطـابق المـادة ٩٦ مـن التقنيـن الحالى ، والفقرة الثانية مـن المـادة ٩٩ مـن التقنيـن الأردنـى ، والفقـرة الثانية من المادة ٤٣ من التقنين المدنى الكويتى . وحكمها مسلم به فى الفقه الاسلامى (البدائع ج ٥ ص ١٣٦) .

(مادة ٨٣)

١ - يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم فى المكان وفى الزمـان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، ما لم يوجد اتفاق او نص يقضـى بغير ذلك .

٢ - ويفـترض أن الموجـب قد علـم بـالقبول فـى المكـان وفـى الزمان اللذين وصل اليه فيهما هذا القبول .

هذه المادة تطابق المادة ٩٧ من التقنين الحالى . والمادة ٨٧ مـن التقنين العراقى . وتقابل المادة ١٠١ من التقنين الأردنى ، والمـادة ٤٩ من التقنين المدنى الكويتى .

انظر فيما يتعلق بأحكام الفقه الاسلامى فى هذا الصـدد : م ٣٤٦ من مرشد الحيران - البدائع ج٥ ص ١٣٧ و ١٣٨ - ابن عابدين ج٤ ص ١٣ - ١٥ . وانظر فيما يتعلق بنظرية العلم بالقبول : فتح القدير ج٥ ص ٤٥٦ - وراجع : عبدالرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج٢ ص ٥٠ - ٦١ .

(مادة ٨٤)

لا يتم العقد فى المزايدات الا برسو المزاد ، ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلا .

هذه المادة تطابق المادة ٩٩ من التقنين الحالى ، وتقابل المادة ٨٩ من التقنين العراقى والمادة ١٠٣ من التقنين الأردنى .

ويقر الفقه الاسلامى بيع المزاد ، ويسميه " بيع من يزيد " ويتفق حكم النص المقترح مع ما يقول به هذا الفقه (انظر البدائع ج٥ ص٢٣٢ و٢٣٣ - الزيلعى ج٤ ص٦٧ - فتح القدير ج ٥ ص٢٣٩ و٢٤١ - الحطاب ج٤ ص ٢٣٧ - الفتاوى الهندية ج٣ ص٢١٠ و٢١٢ - البحر الرائق ج٦ ص٩٩ - المحلى لابن حزم ج٨ ص٤٤٧-٤٤٩ - عبدالرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج٢ ص ٦٢ - ٧٧) .

(مادة ٨٥)

يعتبر التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب فى عقد الاذعان قبولا

هذه المادة تقابل المادة ١٠٠ من التقنين الحالى والمادة ١٠٤ من التقنين الأردنى والمادة ١٦٧ فقرة أولى من التقنين العراقى والمادة ٨٠ من القانون الكويتى .

وعقد الاذعان هو العقد الذى يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها ، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضرورى تكون محل احتكار قانونى أو فعلى ، أو تكون المنافسة محدودة النطاق فى شأنها . وهذا العقد وليد التطور فى الحياة الاقتصادية الحديثة ، حيث ظهرت شركات الاحتكار للمرافق العامة والسلع الضرورية . ومن امثلته عقد العمل فى الصناعات الكبيرة ، وعقد التأمين بأنواعه المختلفة ، وعقد النقل مع مصلحة السكك الحديدية وشركات السيارات العامة وشركات البواخر وشركات الطيران ، وعقد الاشتراك فى المياه والنور والغاز والهاتف ، والتعاقد مع مصلحة البريد والبرق .

ولذلك لا يتحدث الفقه الاسلامى عن عقد الاذعان ، وانما يتناول الفكرة الجوهرية التى يقوم عليها هذا العقد ، وهى الا يحتكر الشخص سلعة ضرورية فيزيد من سعرها ويبيعها للناس بحسب هواه ، فيرضخ الناس للسعر الذى يفرضه نظرا الى حاجتهم الشديدة لهذه السلعة .

وقد حمل الفقه الاسلامى على الاحتكار وتناوله فى صورتين كانتا مألوفتين فى عهده ، وهما بيع متلقى السلع وبيع الحاضر للبادى

(انظر فى الاحتكار : الفتاوى الهندية : ج ٣ ص ٢١٣ و ٢١٤ . المدونة الكبرى ج ١٠ ص ١٢٣ . القوانين الفقهية لابن جزى ص ٢٥٥ ، ٢٥٦ . المهذب ج ١ ص ٢٩٢ . المغنى ج ٤ ص ٢٨٢ و ٢٨٣ . وانظر فى بيع متلقى السلع أو الجلب أو الركبان وهو صورة من صور الاحتكار : البدائع ج ٥ ص ٢٣٢ . الجوهرة النيرة للجداوى فى شرح مختصر القدورى ج ١ ص ١٠٦ . القوانين الفقهية لابن جزى ص ٢٥٩ . المهذب ج ١ ص ٢٩٢ . وانظر فى بيع الحاضر للبادى وهو ايضا صورة من صور الاحتكار : البدائع ج ٥ ص٢٣٢ . فتح القدير ج ٥ ص ٢٤٠ . المهذب ج١ ص ٢٩١ و ٢٩٢ . المغنى ج ٤ ص ٢٨٠ . عبدالرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٢ ص ٨١ – ٩٢) .

ويتضح من هذا أن الشريعة الاسلامية تؤيد حماية الطرف المذعن فى عقد الاذعان .

وسنرى فيما يلى من النصوص ما ينهض بهذه الحماية .

(مادة ٨٦)

١ – الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو احدهما بابرام عقد معين فى المستقبل لا ينعقد ، الا اذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه ، والمدة التى يجب ابرامه فيها .

٢ - واذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل تجب مراعاته ايضا فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بابرام هذا العقد .

هذه المادة تطابق المادة ١٠١ من التقنين الحالى والمادة ٩١ من التقنين العراقى والمادة ١٠٥ من التقنين الأردنى . وتقابل المادة٧٢ من التقنين المدنى الكويتى (راجع فى الشريعة الاسلامية احمد ابراهيم ، التزام التبرعات ، مجلة القانون والاقتصاد س ٣ ص ٥١ وما بعدها) .

(مادة ٨٧)

اذا وعد شخص بابرام عقد ، وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ العقد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبوجه خاص ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الأمر المقضى مقام العقد .

هذه المادة تقابل المادة ١٠٢ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

" اذا وعد شخص بابرام عقد ثم نكل ، وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الشىء المقضى به مقام العقد " .

وقد عدلت صياغة هذه المادة على النحو الوارد فى المادة

المقترحة لابراز ان العقد الموعود به ينعقد بمجرد أن يظهر الموعود له رغبته فى التعاقد . اذ أن ابداء الرغبة يكون بمثابة قبول لايجاب يتمثل فى الوعد الذى يلتزم به الواعد والذى يشتمل على جميع المسائل الجوهرية للعقد النهائى . ومن ثم يكون طلب المتعاقد الآخر منصبا على تنفيذ العقد وليس على تنفيذ الوعد .

كما ادخلت تعديلات لفظية ، فاستبدلت عبارة " وبوجه خاص " بعبارة " وبخاصة " ، واستبدلت عبارة " قوة الأمر المقضى " بعبارة " قوة الشىء المقضى به " .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٠٦ من التقنين الأردنى التى تطابق المادة ١٠٢ من التقنين المصرى الحالى .

والسند الشرعى لها هو ذلك المبدأ الأساسى فى الشريعة الاسلامية الذى جاء فى الآية الكريمة:" يأيها الذين آمنوا اوفوا بالعقود".

(مادة ٨٨)

١- دفع العربون وقت ابرام العقد يفيد ان لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه خلال مدة معقولة، الا اذا قضى الاتفاق بغير ذلك

٢ - فاذا عدل من دفع العربون ، فقده ، واذا عدل من قبضه ، رده ورد مثله معه .

هذه المادة تقابل المادة ١٠٣ من التقنين الحالى .

وهى تقابل المادة١٠٧ من التقنين الأردنى ، وتقابل المادة٩٢ من التقنين العراقى ، وتقابل المادتين٧٥ و ٧٦ من التقنين المدنى الكويتى .

وحكم العربون ، وان كان غير متفق عليه فى الفقه الاسلامى ، الا ان الامام احمد بن حنبل يجيز بيع العربون (انظر المغنى ج٤ ص٥٨ و ٥٩) . (وانظر رأيا مخالفا عندالامام مالك : الموطأ ٢ ص ٦٠٩ - ٦١١) .

أما دلالة العربون فى الفقه الاسلامى عند الشك ، هل هى للتعاقد أو لجواز العدول ، فأمر يترك للعرف والعادة ، ففى الفقه الاسلامى العادة محكمة (انظر عبدالرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٢ ص ٩٦ - ١٠٢) .

وقد أخذ فى النص المقترح ، كما هو الحكم فى التقنين الحالى ، بدلالة العدول ، حيث يعتبر دفع العربون دليلا على أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عن العقد خلال المدة التى يجوز له فيها ذلك " الا اذا قضى الاتفاق بغير ذلك " .

(مادة ٨٩)

١ - اذا تم العقد بطريق النيابة ، كان شخص النائب لا شخص

الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في وجود الارادة والتعبير عنها وعيوبها وأثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما .

٢ – ومع ذلك اذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، كان محل الاعتبار عند النظر فى الأمور المذكورة فى الفقرة السابقة هو شخص كل من الأصيل والنائب ، وذلك بالقدر الذى اسهمت به ارادة كل منهما فى ابرام العقد .

هذه المادة تقابل المادة ١٠٤ من التقنين الحالى ، وهى تجرى على النحو الآتى :

" ١ – اذا تم العقد بطريق النيابة ، كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر فى عيوب الارادة أو فى اثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العام بها حتما .

٢ – ومع ذلك اذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل ان يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتما ان يعلمها " .

وقد روعى فى تعديل نص هذه المادة ان هناك حالات تنفرد فيها ارادة النائب بابرام التصرف ، كما هو الشأن فى حالات النيابة

القانونية وحالات الوكالة التى يكون دور الموكل فيها ثانويا . وتواجه الفقرة الأولى من النص المقترح هذه الحالات ، حيث يعتد بارادة النائب وحده .

وهناك حالات لا يقوم فيها النائب الا بدور ثانوى ، كما هو الشأن فى حالات الوكالة التى يكون دوز الوكيل فيها ثانويا ، حيث يعتد بارادة الأصيل بصفة اساسية . وهناك حالات تتعاون ارادة الاصيل مع ارادة النائب ، وحينئذ يعتد بارادة كل من الاصيل والنائب فى حدود القدر الذى أسهم به كل منهما فى ابرام التصرف . والفقرة الثانية من النص المقترح تواجه هاتين الطائفتين الاخيرتين من الحالات .

ويؤخذ على الفقرة الثانية من النص الحالى انها لا تأخذ بالفكرة الأساسية بصورتها الكاملة ، فتقصر الحكم على حالات علم الاصيل ببعض الظروف ، مع أن هذا يتنافى مع غرض الشارع من النص ويناقض الفكرة التى يقوم عليها الحكم ، ولهذا يجب فى هذا النطاق ان يعتد بكل من الارادتين فى حدود القدر الذى أسهمت به كل منهما ، سواء فيما يتعلق بشروط الارادة او عيوبها أو غير ذلك من الظروف التى تؤثر فى صحة التصرف أو نفاذه .

والمادة ١٠٤ من التقنين الحالى تطابقها المادة ١١١ من التقنين الأردنى ، كما تطابقها فى الحكم المادة ٥٦ من التقنين المدنى الكويتى .

ولم تظفر فكرة النيابة بتنظيم شامل الا فى التقنينات الحديثة ،

فلم ترد فى التقنين الفرنسى ولا فى التقنينات العربية القديمة نظرية عامة للنيابة ، وانما وردت نصوص متفرقة اكثرها فى خصوص الوكالة . وهذا هوشأن الفقه الاسلامى ، حيث لم ترد فيه نظرية عامة للنيابة ، وانما جاءت فيه نصوص متفرقة اكثرها فى الوكالة . ولما اقام التقنين الحالى نظرية عامة للنيابة نقلت عنه التقنينات العربية الحديثة ، بما فيها التقنين الأردنى ، ما عدا التقنين العراقى ، فقد اقتصر على ايراد فريق من النصوص فى خصوص الوكالة

غير أنه يلاحظ ان المبادىء التى تقوم عليها النظرية العامة للنيابة يقرها الفقه الاسلامى ، إذ ان ما ورد فيه فى خصوص الوكالة ليس سوى تطبيقات لهذه المبادىء .

(مادة ٩٠)

اذا ابرم النائب فى حدود نيابته عقدا باسم الأصيل ، فان ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف الى الاصيل .

هذه المادة تطابق المادة ١٠٥ من التقنين الحالى ، والمادة ١١٢ من التقنين الأردنى ، والمادة ٥٧ من التقنين الكويتى .

ونصت المادة ٩٤٢ من التقنين العراقى على الحكم ذاته فى خصوص عقد الوكالة ، فقالت أن " حقوق العقد تعود الى العاقد ، فاذا تعاقد الوكيل مع الغير باسم الموكل وفى حدود الوكالة فان العقد

يقع للموكل وتعود كل حقوقه اليه ".

انظر فى خصوص عقد الوكالة : المجلة م ١٤٦٠ - ١٤٦٢ .
وانظر م ١١٣ من التقنين الأردنى .

(مادة ٩١)

اذا لم يعلن العاقد وقت ابرام العقد انه يتعاقد بصفته نائبا ، فان أثر العقد لا يضاف الى الأصيل دائنا أو مدينا إلا إذاكان يستفاد من الظروف ان من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة ، أو كان يستوى عنده ان يتعامل مع الأصيل أو النائب .

هذه المادة تطابق المادة ١٠٦ من التقنين الحالى ، فيما عدا استبدال عبارة " يستفاد من الظروف " بعبارة " المفروض حتما " . وقد كانت العبارة المقترحة موجودة فى النص فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى ولكن استبدلت بها العبارة الثانية فى لجنة مجلس الشيوخ ، مع ان العبارة الأولى ادق فى الدلالة على المعنى المقصود .

وتقابل فى حكمها المادة ٥٨ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٩٤٣ من التقنين العراقى التى وردت فى خصوص الوكالة ، حيث تنص على أنه " اذا لم يعلن الوكيل وقت التعاقد مع الغير انه يعمل بصفته وكيلا فلا يقع العقد للموكل ولا تعود حقوقه اليه

الا اذا كان يستفاد من الظروف ان من تعاقد معه الوكيل يعلم بوجود الوكالة او كان يستوى عنده ان يتعامل مع الوكيل أو الموكل فله ان يرجع على اى من الموكل أو الوكيل ولأيهما أن يرجع عليه " .

وتقابل المادة ١١٣ من التقنين الأردنى التى تقول : " اذا ابرم النائب فى حدود نيابته عقدا باسمه فان حكم العقد يرجع الى الاصيل وتتصرف حقوق العقد الى النائب الا اذا كان العاقد الآخر يعلم وقت التعاقد بوجود النيابة فترجع الحقوق الى الاصيل كل ذلك ما لم ينص القانون على خلافه " .

انظر : مرشد الحيران م٢٧٩ و٢٨٠. المجلة م١٤٦٠ و١٤٦١ و١٥٩٠ و١٥٩٣ .

(مادة ٩٢)

اذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة ، فان أثر العقد الذى يبرمه ، حقا كان او التزاما ، يضاف الى الأصيل او خلفائه .

هذه المادة تطابق المادة ١٠٧ من التقنين الحالى والمادة ١١٤ من التقنين الأردنى .

وتطابق فى حكمها المادة ٩٤٨ من التقنين العراقى التى وردت فى خصوص عقد الوكالة ، فقالت أنه " لا يحتج بانتهاء الوكالة على

الغير الحسن النية الذى تعاقد مع الوكيل قبل علمه بانتهائها " .

وتقابل المادة ٦٠ من التقنين الكويتى .

(مادة ٩٣)

لا يجوز لشخص ان يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء أكان التعاقد لحسابه أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصيل . فاذا وقع هذا التعاقد ، كان موقوفا على اجازة الأصيل . وهذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون او قواعد التجارة .

هذه المادة تقابل المادة ١٠٨ من التقنين الحالى التى تنص على انه " لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء أكان التعاقد لحسابه أم لحساب شخص أخر ، دون ترخيص من الأصيل . على أنه يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة " .

وقد عدلت هذه المادة على النحو المذكور فى المتن ، وذلك أخذا بفكرة العقد الموقوف المعروف فى الفقه الاسلامى . والعقد الموقوف ينشأ صحيحا ، ولكنه لا ينتج آثاره فتظل هذه الآثار موقوفة الى ان ينقضى العقد فيبطل أو تلحقه الاجازة فينفذ . فاذا تعاقد النائب مع نفسه انعقد العقد موقوفا على اجازة الأصيل ، وذلك على أساس ان النائب قد جاوز حدود نيابته : فاذا اجاز الأصيل العقد نفذ ، واذا لم يجز بطل .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١١٥ من التقنين الأردنى التى تطابق المادة ١٠٨ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٦٢ من التقنين الكويتى التى تتفق فى حكمها مع المادة ١٠٨ من التقنين المصرى الحالى ، حيث تنص على أنه " لا يجوز للنائب بدون اذن خاص ، أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، ولو اجرى هذا التعاقد لحساب شخص آخر غيره . فاذا حصل منه ذلك كان تصرفه غير نافذ فى مواجهة الأصيل ، ما لم يحصل اقراره ، وذلك كله ما لم يقض القانون أو عرف التجارة بما يخالفه " .

اما التقنين العراقى فلم يرد فيه نص عام فى هذا الموضوع ، وانما اكتفى الشارع فيه بتحريم التعاقد مع النفس فى حالات معينة .

كذلك لم يرد فى الفقه الاسلامى قاعدة عامة فى هذا الخصوص وانما اقتصر الأمر فيه على تحريم التعاقد مع النفس فى حالات معينة (انظر المادتين ١٤٨٨ و ١٤٩٦ من المجلة ، والمواد ٣٦٣ - ٣٦٦ من مرشد الحيران) .

(مادة ٩٤)

كل شخص اهل للتعاقد ، ما لم تسلب اهليته أو يحد منها بحكم القانون .

هذه المادة تطابق المادة ١٠٩ من التقنين الحالى ، والمادة ٩٣ من التقنين العراقى ، والمادة ١١٦ من التقنين الأردنى ، وتطابق فى حكمها المادة ٨٤ من التقنين الكويتى .

(مادة ٩٥)

ليس للصغير غير المميز حق التصرف فى ماله ، وتكون جميع تصرفاته باطلة .

هذه المادة تطابق المادة ١١٠ من التقنين الحالى ، والمادة ١١٧ من التقنين الأردنى . وتطابق فى حكمها المادة٩٦ من التقنين العراقى ، والمادة ١/٨٦ من التقنين الكويتى .

وحكمها مستمد من الشريعة الاسلامية : م ٩٦٦ من المجلة و م ٢٦٩ من مرشد الحيران .

(مادة ٩٦)

١ - اذا كان الصبى مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضا ، وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضا .

٢ - اما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ، فتكون موقوفة لمصلحة القاصر ، ويزول حق التمسك بالابطال اذا اجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد ، أو اذا صدرت الاجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقا للقانون .

هذه المادة تقابل المادة ١١١ من التقنين الحالى التى تقول :

" ١ - اذا كان الصبى مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضا ، وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضا .

" ٢ - اما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ، فتكون قابلة للابطال لمصلحة القاصر ، ويزول حق التمسك بالابطال اذا اجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد ، أو اذا صدرت الاجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الاحوال وفقا للقانون " .

وقد عدلت الفقرة الثانية من هذه المادة الأخيرة بالأخذ بفكرة العقد الموقوف التى يقول بها الفقه الاسلامى بدلا من فكرة العقد القابل للابطال . فيكون تصرف الصبى المميز الدائرة بين النفع والضرر موقوفا على اجازة وليه فى الحدود التى يجوز فيها التصرف ابتداء أو اجازة المحكمة أو اجازته هو بعد بلوغه سن الرشد .

وسنعرض فيما بعد للاعتبارات التى تدعو الى تفضيل فكرة العقد الموقوف التى يقول بها الفقه الاسلامى على فكرة العقد القابل للابطال التى يأخذ بها التقنين الحالى .

والنص المقترح مستمد من الشريعة الاسلامية . وهو يطابق فى حكمه المادة ٩٧ فقرة أولى من التقنين العراقى ، والمادة ١١٨ فقرة

أولى وثانية من التقنين الأردنى ، والمادة ٩٦٧ من المجلة ، والمادتين ٢٧٠ و ٢٧١ من مرشد الحيران .

(مادة ٩٧)

إذا بلغ الصبى المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له فى تسلم أمواله لادارتها ، كانت اعمال الادارة الصادرة منه صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون .

هذه المادة تطابق المادة ١١٢ من التقنين الحالى ، مع حذف عبارة " أو تسلمها بحكم القانون " التى جاءت وفقا لما كان يقضى به قانون المجالس الحسبية الصادر فى سنة ١٩٢٥ . فقد كان هذا القانون يخول القاصر الذى بلغ الثامنة عشرة الحق فى تسلم أمواله وادارتها بحكم القانون دون حاجة الى اذن ، ما لم يمنع من التصرف . ثم جاء قانون المحاكم الحسبية الصادر فى سنة ١٩٤٧ ومن بعده قانون الولاية على المال الصادر فى سنة ١٩٥٢ ، فاشترط كلاهما الاذن .

وتقابل المادة ٩٨ فقرة أولى من التقنين العراقى التى تقول : " للولى بترخيص من المحكمة ان يسلم الصغير المميز اذا أكمل الخامسة عشرة مقدارا من ماله ويأذن له فى التجارة تجربة . ويكون الاذن مطلقا او مقيدا " .

وكذلك المادة ١٠١ فقرة أولى من التقنين العراقى التى تقول :

" للمحكمة ان تأذن للصغير المميز عند امتناع الولى عن الاذن وليس للولى أن يحجر عليه بعد ذلك " .

كما تقابل المادة ١١٩ فقرة أولى من التقنين الأردنى التى تنص على أن " للولى بترخيص من المحكمة أن يسلم الصغير المميز اذا أكمل الخامسة عشرة مقدارا من ماله ويأذن له فى التجارة تجربة له . ويكون الاذن مطلقا أو مقيدا"

وكذلك المادة ١٢٢ فقرة أولى من التقنين الأردنى التى تنص على أن " للمحكمة أن تأذن للصغير المميز عند امتناع الولى عن الاذن وليس للولى أن يحجر عليه بعد ذلك " .

انظر م ٩٦٨ من المجلة وما يليها .

وتطابق فى حكمها المادة ٨٨ من التقنين الكويتى .

(مادة ٩٨)

تحجر المحكمة على المجنون والمعتوه والسفيه وذى الغفلة ، وترفع الحجر عنهم ، وفقا للقواعد والاجراءات المقررة فى القانون .

هذه المادة تطابق المادة ١١٣ من التقنين الحالى مع تعديلات لفظية طفيفة .

وهى تقابل المادة ٩٤ من التقنين العراقى التى تقول : " الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم " . وكذلك المادة ٩٥ من هذا التقنين التى تقول : " تحجر المحكمة على السفيه وذى الغفلة ويعلن الحجر بالطرق المقررة " .

وتقابل المادة ١٢٧ من التقنين الأردنى التى تقول : " ١ - الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم . ٢ - أما السفيه وذو الغفلة فتحجر عليهما المحكمة وترفع الحجر عنهما وفقا للقواعد والاجراءات المقررة فى القانون . ٣ - يبلغ قرار الحجر للمحجور ويعلن للناس سببه وتكون تصرفاته قبل ذلك نافذة " .

وتقابل المادة ٩٥٧ من المجلة التى تقول : " الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم " . وكذلك المادة ٩٥٨ من المجلة التى تقول : " للحاكم أن يحجر على السفيه " .

وتقابل المادة ٨٥ من التقنين الكويتى .

(مادة ٩٩)

١ - يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه ، اذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر .

٢ - اما اذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر، فلا يكون

باطلا الا اذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد ، أو كان الطرف الآخر على بينة منها .

هذه المادة تطابق المادة ١١٤ من التقنين الحالى .

وتقابل المادة ١٠٧ من التقنين العراقى التى تقول : " المعتوه هو فى حكم الصغير المميز " . وكذلك المادة ١٠٨ من هذا التقنين التى تقول : " المجنون المطبق هو فى حكم الصغير غير المميز ، أما المجنون غير المطبق تصرفاته فى حالة افاقته كتصرفات العاقل " .

وتقابل المادة ١٢٨ من التقنين الأردنى التى تقول : " ١ - المعتوه هو فى حكم الصغير المميز " ٢ - المجنون المطبق هو فى حكم الصغير غير المميز أما المجنون غير المطبق فتصرفاته فى حالة افاقته كتصرف العاقل " .

وتقابل المواد ٩٧٨ و ٩٧٩ و ٩٨٠ من المجلة وهى تطابق نصوص التقنينين العراقى والأردنى المذكورة . وتقابل المادة ٢٦٩ من مرشد الحيران .

وتقابل المواد ٨٨ و ٩٩ و ١٠٠ من التقنين الكويتى .

(مادة ١٠٠)

١ - يسرى على تصرف السفيه وذى الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر ما يسرى على تصرفات الصبى المميز من أحكام .

٢ – اما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر . فلا يكون باطلا أو موقوفا الا اذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ .

هذه المادة تقابل المادة ١١٥ من التقنين الحالى التى تقول :" (١) اذا صدر تصرف من ذى الغفلة او من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر، سرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبى المميز من أحكام . (٢) اما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا أو قابلا للابطال ، الا اذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ " .

وقد عدلت الفقرة الأولى من هذه المادة تعديلا لفظيا على النحو الوارد فى النص المقترح .

وعدلت الفقرة الثانية من هذه المادة بالأخذ بفكرة العقد الموقوف التى يقول بها الفقه الاسلامى بدلا من فكرة العقد القابل للابطال .

فبعد تسجيل قرار الحجر يكون تصرف السفيه أو ذى الغفلة الدائر بين النفع والضرر موقوفا على اجازة القيم فى الحدود التى يجوز له فيها التصرف ابتداء أو اجازة المحكمة أو اجازته هو بعد رفع الحجر . أما قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون هذا التصرف موقوفا الا اذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٠٩ فقرة أولى من التقنين العراقى

التى تقول : " السفيه المحجور هو فى المعاملات كالصغير المميز . ولكن ولى السفيه المحكمة أو وصيها فقط وليس لأبيه وجده ووصيهما حق للولاية عليه . اما تصرفات السفيه التى وقعت قبل الحجر عليه فهى كتصرفات غير المحجور : الا اذا كان التصرف وقع غشا بطريق التواطؤ مع من تصرف له السفيه توقعا للحجر " . وكذلك المادة ١١٠ من هذا التقنين التى تقول : " ذو الغفلة حكمه حكم السفيه " .

وتقابل المادة ٢٢٩ من التقنين الأردنى التى تقول :

" ١ - يسرى على تصرفات المحجور للغفلة أو السفة ما يسرى على تصرفات الصبى المميز من أحكام ، ولكن ولى السفيه المحكمة أو من تعينه للوصاية عليه وليس لأبيه أو جده او وصيهما حق الولاية عليه . ٢ - اما تصرفاته قبل الحجر فمعتبرة الا اذا كانت نتيجة استغلال أو تواطؤ " .

وتقابل المادة ١٠١ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٩٩٠ من المجلة التى تقول : " السفيه المحجور هو فى المعاملات كالصغير المميز ، ولكن ولى السفيه الحاكم فقط وليس لأبيه وجده و أو صيائه عليه حق ولاية " . وكذلك المادة ٩٩١ من المجلة التى تقول : " تصرفات السفيه التى تتعلق بالمعاملات القولية الواقعة بعد الحجر لا تصح ، لكن تصرفاته قبل الحجر كتصرفات سائر الناس " .

انظر ٢٧٣ من مرشد الحيران .

(مادة ١٠١)

١ - يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحا ، متى اذنته المحكمة فى ذلك .

٢ - وتكون اعمال الادارة الصادرة من المحجور عليه لسفه أو غفلة ، المأذون له بتسلم امواله صحيحة ، فى الحدود التى رسمها القانون .

هذه المادة تقابل المادة ١١٦ من التقنين الحالى ، مع تعديل الفقرة الثانية بحيث يشمل حكمها المحجور عليه للغفلة أسوة بالمحجور عليه للسفه ليتسق حكمها مع حكم المادة ٦٧ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال ، وهى تنص على أنه " يجوز للمحجور عليه للسفه او للغفلة أو بأذن من المحكمة ان يتسلم امواله كلها أو بعضها لادارتها ، وفى هذه الحالة تسرى عليه الأحكام التى تسرى فى شأن القاصر المأذون " .

وتطابق فى حكمها المادة ١٣٠ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى :

١ - يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحا متى أذنته المحكمة فى ذلك .

٢ - وتكون اعمال الادارة الصادرة عن المحجور عليه لسفه

المأذون له بتسلم أمواله صحيحة فى الحدود التى رسمتها الجهة التى أصدرت الاذن " .

وتقابل الفقرة الثانية من المادة ١٠٩ من التقنين العراقى التى تنص على أنه " تصح وصايا السفيه بثلث ماله " . وكذلك المادة ١١٠ من هذا التقنين التى تنص على أن " ذو الغفلة حكمه حكم السفيه " .

وتقابل المواد ١٠٢ و ١٠٣ و ١٠٤ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٢٧٣ من مرشد الحيران التى تنص على أن المحجور عليه حجرا قضائيا لسفه تصح تصرفاته فى وصاياه بالقرب من ثلث ماله ان كان له وارث .

(مادة ١٠٢)

١ – اذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصم ، أو اعمى ابكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن ارادته ، أو كان يخشى من انفراده بمباشرة التصرف فى ماله بسبب عجز جسمانى شديد ، جاز للمحكمة ان تعين له مساعدا قضائيا يعاونه فى التصرفات التى تقتضى مصلحته فيها ذلك .

٢ – فبعد تسجيل قرار المساعدة ، اذا صدر من الشخص الذى تقررت مساعدته قضائيا أى تصرف من التصرفات التى تقررت المساعدة فيها بغير معاونة المساعد ، كان هذا التصرف موقوفا على اجازة المساعد او المحكمة .

هذه المادة تقابل المادة ١١٧ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

" ١– اذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن ارادته ، جاز للمحكمة ان تعين له مساعدا قضائيا يعاونه فى التصرفات التى تقتضى مصلحته فيها ذلك .

٢ – ويكون قابلا للابطال كل تصرف من التصرفات التى تقررت المساعدة القضائية ، فيها ، متى صدر من الشخص الذى تقررت مساعدته قضائيا بغير معاونة المساعد ، اذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة " .

وقد أدخل على هذه المادة الواردة فى التقنين الحالى التعديلات الآتية :

أولا – أضيف الى الفقرة الأولى الحالة التى يخشى فيها من انفراد الشخص بمباشرة التصرف فى ماله بسبب عجز جسمانى شديد . وذلك حتى يتسق النص المقترح مع نص المادة ٧٠ من قانون الولاية

على المال الذى يتناول هذه الحالة الى جانب حالة الاصابة بعاهتين من العاهات الثلاثة المذكورة .

ثانيا – عدلت الفقرة الثانية بما يتفق مع الاخذ بفكرة العقد الموقوف التى يقول بها الفقه الاسلامى بدلا من فكرة العقد القابل للابطال التى يأخذ بها التقنين الحالى .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٠٤ من التقنين العراقى التى تنص على أنه " اذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم وتعذر بسبب ذلك التعبير عن ارادته جاز للمحكمة ان تنصب عليه وصيا وتحدد تصرفات هذا الوصى " .

وتقابل المادة ١٣٢ من التقنين الأردنى التى تنص على أنه " اذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن ارادته جاز للمحكمة أن تعين له وصيا يعاونه فى التصرفات التى تقتضى مصلحته فيها ذلك " .

وتقابل المواد ١٠٧ و ١٠٨ و ١٠٩ من التقنين الكويتى .

(مادة ١٠٣)

اذا كان طلب الحجر أو المساعدة القضائية قد سجل قبل تسجيل قرار الحجر أو المساعدة ، ترتب على تسجيل الطلب ما يترتب على تسجيل القرار من أحكام .

هذا نص مستحدث ، وقد قصد من ايراده اعمال حكم المادتين ١٠٢٦ و ١٠٢٨ من تقنين المرافعات ، حيث تجيز الأولى تسجيل طلبات الحجر والمساعدة القضائية ، وترتب الثانية على تسجيل الطلب ما يترتب على تسجيل القرار فى تطبيق أحكام القانون المدنى .

(مادة ١٠٤)

التصرفات الصادرة من الأولياء والأوصياء والقوام ، تكون صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون .

هذه المادة تطابق المادة ١١٨ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ١٣٣ من التقنين الأردنى .

(مادة ١٠٥)

يجوز لناقص الأهلية ان يطلب ابطال العقد ، وهذا مع عدم الاخلال بالزامه بالتعويض ، اذا لجأ الى طرق احتيالية ليخفى نقص اهليته .

وهذه المادة تطابق المادة ١١٩ من التقنين الحالى .

وتطابق فى حكمها المادة ١٣٤ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى :

" يجوز لناقص الأهلية ان يطلب ابطال العقد . ٢ – غير أنه اذا لجأ الى طرق احتيالية لاخفاء نقص أهليته لزمه التعويض " .

وتطابق فى حكمها المادة ٩٧ من التقنين الكويتى .

(مادة ١٠٦)

١ – يكون الغلط جوهريا ، بفوات الوصف المرغوب فيه ، اذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن ابرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط .

٢ – فيكون العقد موقوف النفاذ :

(أ) اذا وقع الغلط فى صفة للشىء تكون جوهرية فى اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما يجب فى التعامل من حسن النية .

(ب) اذا وقع الغلط فى ذات المتعاقد او فى صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد .

(ج) اذا وقع الغلط فى أمور تبيح نزاهة المعاملات للمتعاقد الذى يتمسك بالغلط ان يعتبرها ضرورية للعقد .

هذه المادة تقابل المادة ١٢١ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

" ١ – يكون الغلط جوهريا اذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن ابرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط

٢ – ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص :

(أ) اذا وقع فى صفة للشىء تكون جوهرية فى اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما يجب فى التعامل من حسن النية .

(ب) اذا وقع فى ذات المتعاقد أو صفة من صفاته ، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد " .

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

(أ) أضيف الى الفقرة الأولى معيار الغلط الذى يقول به الفقه الاسلامى كمرادف للغلط الجوهرى ، وهو الوصف المرغوب فيه . وبذلك يخضع معيار الغلط للتحديد الدقيق الذى تقول به النظرية الحديثة فى الغلط على النحو الوارد فى هذه الفقرة .

وطبقا لما يقول به الفقه الاسلامى ، فان فوات الوصف المرغوب فيه قد تدل عليه الارادة الصريحة فى العقد أو الملابسات وظروف الحال أو طبائع الاشياء أو العرف(انظر : الفتاوى الهندية ج٣ ص١٤٠ -١٤١. البدائع ج ٥ ص١٤٠ و٢٧٣ و٢٧٤ و٢٩٢ و٣٣٥. فتح القدير ج ٥ ص١٥١ و٢٠١ و٢٠٦ . المبسوط ج١٣ ص١٢و١٣. البحر الرائق ج ٦ ص ٢٠٥ . عبدالرزاق السنهورى مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٢ ص ١١١ - ١٥٦) . وهذا ما ذكرته المادة ١٥١ من التقنين الأردنى، وهو يدخل جميعه فى نطاق الدلالات التى وردت فى البنود أ و ب و جـ من الفقرة الثانية للنص المقترح .

(٢) صيغت العبارة الأولى من الفقرة الثانية على نحو يخالف ما جاء فى نص التقنين الحالى . فعبارة هذا النص تدل على أن ما ورد ذكره بعدها هو مجرد أمثلة لحالات الغلط . بينما العبارة المقترحة يفهم منها حصر حالات الغلط فى البنود التالية . وقد روعى فى هذه الصياغة الأخذ بفكرة العقد الموقوف .

(٣) أضيف بند ثالث (جـ) للبندين الواردين فى نص التقنين الحالى ، وقد جاء هذا البند فى نص المشروع التمهيدى للتقنين الحالى ، ولكنه حذف لأن ذكر الحالة الواردة فيه مع الحالتين السابقتين يكاد يحيط بكل حالات الغلط فلا يصبح هناك معنى لا يراد الفقرة الثانية من النص على سبيل التمثيل ، لاسيما وان الحالة المحذوفة مستفاد حكمها مما ورد فى البند الأول .

ومع ذلك رؤى اضافة هذا البند لتأكيد ان ثمة حالتين للغلط غيرتلك التى وردت فى البندين (أ و ب) وهما حالة الغلط فى القيمة وحالة الغلط فى الباعث .

والمادة المقترحة يقابلها المادتان ١١٧ و ١١٨ من التقنين المدنى العراقى . فالمادة ١١٧ من هذا التقنين تجمع بين الغلط المانع من انعقاد العقد والغلط الذى يجعل العقد موقوفا على اجازة العاقد ، حيث تنص على ما يأتى :

" ١ – اذا وقع غلط فى محل العقد وكان مسمى ومشار اليه فان

اختلف الجنس تعلق العقد بالمسمى وبطل لانعدامه وان اتحد الجنس واختلف الوصف فان كان الوصف مرغوبا فيه تعلق العقد بالمشار اليه وينعقد لوجوده الا انه يكون موقوفا على اجازة العاقد .

٢ – فاذا بيع هذا الفص على انه ياقوت فاذا هو زجاج بطل البيع . ولو بيع هذا الفص ليلا على أنه ياقوت أحمر فظهر أصفر أو بيعت البقرة على أنها حلوب فظهرت غير حلوب يكون البيع موقوفا على اجازة المشترى " .

وهذه المادة تطابق فى حكمها المادة ٣٠١ من مرشد الحيران والمادتين ٢٠٨ و ٣١٠ من المجلة .

والمادة ١١٨ من التقنين العراقى تطابق فى حكمها المادة المقترحة ، حيث تنص على ما يأتى :

لا عبرة بالظن البين خطأه . فلا ينفذ العقد :

" ١ – اذا وقع غلط فى صفة للشىء تكون جوهرية فى نظر المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك للظروف التى تم فيها العقد ولما ينبغى فى التعامل من حسن النية .

٢ – اذا وقع غلط فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته وكانت تلك الذات او هذه الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيسى فى التعاقد .

٣ - اذا وقع غلط فى أمور تبيح نزاهة المعاملات للمتعاقد الذى يتمسك بالغلط ان يعتبرها عناصر ضرورية للتعاقد " .

وفى التقنين الأردنى يقابل المادة المقترحة المواد ١٥١ و ١٥٢ و ١٥٣ فالمادة ١٥١ من هذا التقنين تنص على أنه " لا يعتبر الغلط الا فيما تضمنته صيغة العقد أو دلت عليه الملابسات وظروف الحال أو طبائع الأشياء أو العرف " .

والمادة ١٥٢ من هذا التقنين تتناول الغلط المانع من انعقاد العقد، حيث تنص على أنه " اذا وقع الغلط فى ماهية العقد أو فى شرط من شروط الانعقاد أو فى المحل بطل العقد " .

والمادة ١٥٣ من هذا التقنين تتناول الغلط الذى يخول العاقد خيار الفسخ ، حيث تنص على أن " للعاقد فسخ العقد اذا وقع منه غلط فى أمر مرغوب كصفة فى المحل أو ذات المتعاقد أو صفة فيه " .

ويتضح من هذه النصوص ان احكام الغلط فى التقنين العراقى والتقنين الأردنى ، وهما التقنينان اللذان حرصا على الأخذ من الشريعة الاسلامية ، تتفق فى الجملة مع ما تقضى به المادة المقترحة .فالمادة ١١٨ من التقنين العراقى تطابق فى حكمها المادة المقترحة . والمادة ١٥٣ من التقنين الأردنى ذكرت الحالات الواردة فى البندين (أ و ب) من المادة المقترحة على سبيل التمثيل .

ويلاحظ فى هذا الصدد ان نصوص الفقه الاسلامى تتناول نوعين من الغلط :

النوع الأول : هو الغلط المانع الذى يمنع انعقاد العقد ، فيكون العقد باطلا . وذلك حين يقع الغلط فى جنس الشىء بأن يكون المعقود عليه من جنس غير الذى اعتقده احد العاقدين ، حيث يكون المحل معدوما ، كمن يبيع ماسا فاذا هو زجاج . وحين يتحد الجنس ولكن يتفاحش التفاوت فى المنفعة ، بأن يكون التفاوت بين حقيقة المعقود عليه وما اراده العاقد فاحشا ، كمن يبيع دارا من أجر فاذا بها من لبن .

والنوع الثانى : هو الغلط الذى لا يمنع من انعقاد العقد ، فيكون العقد صحيحا نافذا ولكنه غير لازم ، حيث يكون للعاقد خيار الفسخ ، ان شاء فسخ العقد وان شاء امضاه . وذلك حين يتحد الجنس ولكن تتفاوت المنفعة دون تفاحش فى التفاوت ، فيقتصر الأمر على فوات وصف مرغوب فيه ، كمن يبيع ياقوتا أحمر فاذا هو أصفر ، او يقع غلط فى ذاتية الشخص أو صفة جوهرية فيه اذا كانت هذه او تلك محل الاعتبار (انظر المراجع التى تقدمت الاشارة اليها) .

وقد جمع التقنين العراقى فى نصوصه كما رأينا بين الغلط المانع من انعقاد العقد ، والغلط الذى لا يمنع من وجود العقد ولكن يجعله موقوفا على اجازة العاقد . فجاءت المادة ١١٧ منه فى هذا المعنى مطابقة فى حكمها لما تنص عليه المادة ٣٠١ من مرشد الحيران

والمادتين ٢٠٨ و ٣١٠ من المجلة مع أخذه بفكرة العقد الموقوف بدلا من فكرة خيار الفسخ . ولكنه مع ذلك اراد التوفيق ما بين أحكام الفقه الاسلامى وأحكام التقنين المصرى الحالى ، فأخذ الى جانب هذه النصوص بالنظرية الحديثة فى الغلط التى تقوم على فكرة الغلط الجوهرى كما هو واضح من النصوص السالفة الذكر .

اما التقنين المدنى الأردنى فقد جمع فى نصوصه بين الغلط المانع الذى يجعل العقد باطلا والغلط الذى لا يمنع من وقوع العقد صحيحا ولكن يكون للعاقد فيه خيار الفسخ ، دون ان يشير صراحة الى فكرة الغلط الجوهرى .

وجدير بالذكر ان التركيز فى هذا البيان على التقنين العراقى والتقنين الأردنى انما يرجع الى انهما التقنينان العربيان اللذان اخذا من الشريعة الاسلامية بقدر وفير . اما التقنينات العربية الأخرى ، كالتقنين المدنى السورى والتقنين المدنى الليبى ، فنصوصها مطابقة للتقنين المصرى .

وقد رؤى فى النصوص المقترحة فى موضوع الغلط ، وهى تطابق فى الجملة التقنين الحالى ، استبعاد النص على الغلط المانع ، لأنه ينصب على طبيعة العقد أو على ركن فيه . وهذا النوع من الغلط يعدم الارادة . فحقيقته ان توافق الارادتين لم يتم فى شأن ركن من

أركان العقد ، فيكون ركن التراضى غير موجود ، ومن ثم يقع العقد باطلا .

فنحن فى هذا المقام بصدد غلط يعيب الارادة ولايمس وجودها ، فلا يمنع من وجود العقد صحيحا ، وانما يكون من شأنه فحسب ان يجعل العقد موقوفا على اجازة العاقد .

ولعل فى وقوفنا عند فكرة الغلط الجوهرى التى تقوم عليها النظرية الحديثة فى الغلط ، وهى الفكرة التى يأخذ بها التقنين الحالى . ما يكفل الافادة من التقدم العلمى فى عصرنا ، حيث المعيار ذاتى ، فهى يقوم على تقدير المتعاقد لأمر معين يكون هو الدافع الرئيسى الى التعاقد سواء انصب الغلط على صفة جوهرية فى الشىء ، أو ذات المتعاقد او صفة فيه اذا كانت هذه او تلك محل اعتبار ، أو قيمة الشىء او الباعث على التعاقد . وتعتبر هذه الشمولية مرحلة تقدمية بالنسبة الى المراحل السابقة التى مرت بها فكرة الغلط . وان كان الفقه الاسلامى لا يعرض للغلط فى القيمة الا عن طريق الغبن ، ثم هو لا يعتد بالغبن الا اذا صحبه تغرير او تدليس .

ففكرة الغلط الجوهرى بهذا المعنى وهذا الشمول ليست سوى تحديدا دقيقا للمعيار الذى يأخذ به الفقه الاسلامى ، وهو فوات الوصف المرغوب فيه فى ضوء ما تدل عليه الارادة الصريحة فى العقد او الملابسات وظروف الحال او طبائع الاشياء أو العرف .

(مادة ١٠٧)

يكون العقد موقوف النفاذ لغلط فى القانون ، اذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقا للمادة السابقة ، ما لم يقض القانون بغير هذا .

هذه المادة تقابل المادة ١٢٢ من التقنين الحالى التى تنص على أنه " يكون العقد قابلا للابطال لغلط فى القانون ، اذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقا للمادتين السابقتين ، هذا ما لم يقض القانون بغيره " .

وقد عدلت هذه المادة بالأخذ بفكرة العقد الموقوف بدلا من فكرة العقد القابل للابطال ، وادخال تعديل لفظى فى نهاية النص .

وسنعرض فيما بعد للاعتبارات التى تدعو الى تفضيل فكرة العقد الموقوف التى يقول بها الفقه الاسلامى على فكرة العقد القابل للابطال التى يأخذ بها التقنين الحالى .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٥٤ من التقنين الاردنى التى تنص على أن " للعاقد فسخ العقد اذا وقع منه غلط فى القانون وتوافرت شروط الغلط فى الواقع طبقا للمادتين (١٥١ و ١٥٣) ما لم يقض القانون بغيره " .

(مادة ١٠٨)

لا يجوز للمتعاقد الذى وقع فى غلط ان يتمسك به الا اذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى هذا الغلط ، أو كان على علم به ، أو كان من المفروض حتما ان يتبينه .

هذه المادة تطابق فى حكمها المادة ١٢٠ من التقنين الحالى التى تنص على انه " اذا وقع المتعاقد فى غلط جوهرى جاز له أن يطلب ابطال العقد ، اذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى هذا الغلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه " .

وقد ادخل على هذه المادة تعديل لفظى فى صدرها . كما استبدلت فى نهايتها عبارة " أو كان من المفروض حتما ان يتبينه " بعبارة " أو كان من السهل عليه ان يتبينه " ، اذ ليس هناك ما يبرر اختلاف هذه العبارة عن مثيلتها فى خصوص التدليس والاكراه . ويظهر ان سبب اختلاف العبارة ان لجنة مجلس الشيوخ حينما عدلت نص التدليس والاكراه فى مشروع التقنين الحالى سها عليها ان تجرى التعديل ذاته فى النص الخاص بالغلط ، مع انه لا يوجد ما يبرر التشدد فى استخلاص العلم فى التدليس والاكراه عنه فى الغلط ، بل العكس هو الأولى .

والمادة المقترحة تطابق فى حكمها المادة ١١٩ من التقنين العراقى .

وتطابق فى حكمها ١/١٤٧ من التقنين الكويتى .

(مادة ١٠٩)

١ - ليس لمن وقع فى غلط ان يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية .

٢ - ويبقى بالأخص ملزما بالعقد الذى قصد ابرامه ، اذا اظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد .

هذه المادة تطابق المادة ١٢٤ من التقنين الحالى ، والمادة ١٥٦ من التقنين الأردنى .

وتقابل المادة ١٤٩ من التقنين الكويتى .

(مادة ١١٠)

لا يؤثر فى نفاذ العقد مجرد الغلط فى الحساب أو الكتابة ، ولكن يجب تصحيح هذا الغلط .

هذه المادة تقابل المادة ١٢٣ من التقنين الحالى التى تنص على انه " لا يؤثر فى صحة العقد مجرد الغلط فى الحساب ، ولا غلطات القلم ، ولكن يجب تصحيح الغلط " .

وقد عدلت هذه المادة بما يتفق مع فكرة العقد الموقوف ، وذلك

باستبدال كلمة " نفاذ " بعبارة " صحة العقد " . كما عدلت تعديلا لفظيا باستبدال عبارة " أو الكتابة " بعبارة " ولا غلطات القلم " ، كى تستوعب العبارة المقترحة كل صور الغلط المادى . وأضيفت كلمة " هذا " قبل كلمة " الغلط " الواردة فى نهاية النص .

والمادة المقترحة تطابق المادة ١٢٠ من التقنين العراقى ، والمادة ١٥٥ من التقنين الأردنى . وتقابل المادة ١٥٠ من التقنين الكويتى .

(مادة ١١١)

١ - يكون العقد موقوف النفاذ للتدليس ، سواء أكان قوليا أم فعليا ، اذا كانت الحيل التى لجأ اليها احد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما ابرم الطرف الآخر العقد .

٢ - ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو " ملابسة " اذا ثبت ان المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة او هذه الملابسة .

هذه المادة تقابل المادة ١٢٥ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

" ١ - يجوز ابطال العقد للتدليس اذا كانت الحيل التى لجأ اليها أحد المتعاقدين ، أو نائب عنه ، من الجسامة بحيث لولاها لما ابرم الطرف الثانى العقد .

٢ – ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة او ملابسة ، اذا ثبت ان المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة ،، .

وقد ادخلت على الفقرة الاولى من هذه المادة تعديلات ثلاثة : الأول ذكر عبارة " يكون العقد موقوف النفاذ " فى صدر الفقرة أخذا بفكرة العقد الموقوف . والثانى اضافة عبارة " سواء أكان قوليا أم فعليا " بعد لفظ " للتدليس " محاكاة للفقه الاسلامى الذى يقسم التدليس الى تدليس فعلى وتدليس قولى . والثالث ابدال لفظ " الآخر " فى نهاية الفقرة بلفظ " الثانى " .

والمادة المقترحة يقابلها فى التقنين العراقى المادتان ١٢١ و١٢٣ فالمادة ١٢١ من هذا التقنين تنص على ما يأتى :

١ – اذا غرر احد المتعاقدين بالآخر وتحقق ان فى العقد غبنا فاحشا كان العقد موقوفا على اجازة العاقد المغبون . فاذا مات من غرر بغبن فاحش تنتقل دعوى التغرير لوارثه .

٢ – ويعتبر تغريرا عدم البيان فى عقود الأمانة التى يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان كالخيانة فى المرابحة والتولية والاشراك والوضيعة " .

والمادة ١٢٣ من هذا التقنين تنص على ما يأتى :

" يرجع العاقد المغرور بالتعويض اذا لم يصبه الا غبن يسير أو اصابه غبن فاحش وكان التغرير لا يعلم به العاقد الآخر ولم يكن من السهل عليه ان يعلم به او كان الشىء قد استهلك قبل العلم بالغبن أو هلك او حدث فيه عيب او تغيير جوهرى ويكون العقد نافذا فى جميع هذه الأحوال " .

ويقابل المادة المقترحة فى التقنين الأردنى المواد ١٤٣ و١٤٤ و١٤٥ و١٥٠ .

فالمادة ١٤٣ من هذا التقنين تطابق فى حكمها الفقرة الأولى من المادة المقترحة ، حيث تنص على أن " التغرير هو أن يخدع أحد العاقدين الآخر بوسائل احتيالية قولية أو فعلية تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به بغيرها " .

والمادة ١٤٤ من هذا التقنين تطابق فى حكمها الفقرة الثانية من المادة المقترحة ، حيث تنص على أنه " يعتبر السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة تغريرا اذا ثبت ان المغرور ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة او هذه الملابسة " .

والمادة ١٤٥ من هذا التقنين تنص على انه " اذا غرر أحد العاقدين بالآخر وتحقق ان العقد تم بغبن فاحش كان لمن غرر به فسخ العقد " .

والمادة ١٥٠ من هذا التقنين تنص على انه " يسقط الحق فى الفسخ بالتغرير والغبن الفاحش ويلزم العقد بموت من له الحق فى الفسخ وبالتصرف فى المعقود عليه كله أو بعضه تصرفا يتضمن الاجازة وبهلاكه عنده واستهلاكه وتعييه وزيادته " .

ويستعمل الفقه الاسلامى فى هذا الصدد لفظ " التغرير " ، ويستعمل فى بعض المواطن لفظ " التدليس " . ولكنه لا يعتد بالتدليس الا اذا اقترن به غبن . وفى هذا المعنى نصت المادة ٣٥٦ من المجلة على أنه " اذا وجد غبن فاحش فى البيع ولم يوجد تغرير فليس للمغبون ان يفسخ البيع " . ونصت المادة ٣٥٧ على أنه " اذا اغر احد المتبايعين الآخر وتحقق ان فى البيع غبنا فاحشا فللمغبون ان يفسخ البيع حينئذ " . ونصت المادة ٣٠٠ من مرشد الحيران على أن " الغبن الفاحش لا يفسد العقد ولا يوجب حق فسخه للمغبون الا اذا كان فيه تغرير " . (انظر كذلك المادة ١/١٢١ عراقى والمادة ١٤٥ اردنى السالف ذكرهما)

ويحيط الفقه الاسلامى احاطة تامة بجميع النواحى التى يثيرها موضوع التدليس .

فهو يتناول التغرير باستعمال طرق احتيالية . ومن أمثلة ذلك تصرية الإبل والبقر والغنم لينتفخ ضرعها فيتوهم المشترى انها كثيرة اللبن ، وحبس ماء القناة وماء الرحى المرسل كل منهما عند البيع أو الاجارة كى يتوهم المشترى والمستأجر كثرته (أنظر : ابن عابدين

ج ٤ ص١٤٩ . نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للرملى ج ٤ ص٧٣ و ٧٤ . عبدالرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٢ ص ١٦١ - ١٦٦) .

ويتناول التغرير عن طريق الكذب . من ذلك يعتبر مجرد الكذب خديعة وتغريرا فى عقود الامانة التى يقال لها بياعات الأمانة . حيث يطمئن المشترى الى امانة البائع فيشترى منه على اساس الثمن الذى اشترى به السلعة . فاذا بيعت السلعة عن ان يزاد قدر معلوم من الربح الى الثمن الأصلى سمى البيع مرابحة . واذا بيعت على ان ينقص قدر معلوم من هذا الثمن سمى البيع وضيعه . واذا بيعت بثمنها الأصلى سمى البيع تولية اذا أخذ المشترى كل السلعة , و سمى اشتراكا اذا أخذ المشترى جزءا منها . ففى هذه العقود اذا كذب البائع فى بيان الثمن الأصلى كان هذا الكذب خيانة وتغريرا (م ١٢١ / ٢ عراقى . البدائع ج٥ ص ٢٢٣ . المدونة ج ١٠ ص ٥٩ - ٦٢ . المهذب ج ١ ص ٢٨٨ - ٢٩٠) . ومن أمثلة عقود الأمانة فى العصر الحاضر عقود التأمين ، حيث لا يجوز للمؤمن عليه ان يكذب فى بيان يعطيه للشركة او ان يكتم امرا له تأثير فى التعاقد (عبدالرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٢ ص ١٦٦ - ١٧٤) . ومن هذا القبيل ايضا فى الفقه الاسلامى بيع الاسترسال والاستئمان ، حيث يبين العاقد ان لا دراية له بسعر السوق فيستأمن المتعامل معه ويسترسل الى نصحه ويطلب اليه ان يبيع منه أو يشترى بما تبيع الناس او تشترى به ، فاذا كذب عليه المتعامل معه فان هذا الكذب يعتبر غشا وتدليسا

يوجب للعاقد المغبون خيار الرد (الحطاب ج٤ ص٤٧٠ . عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج٢ ص١٧٥ وما بعدها).

كذلك يتناول الفقه الاسلامي التغرير عن طريق الكتمان . من ذلك انه في بياعات الأمانة لا يجوز للبائع مرابحة ان يقتصر على ذكر الثمن الأصلي ويكتم بيانا من شأنه ان يؤثر في قيمة المبيع ، كما لو اشترى نسيئة ويبيع نقدا ، حيث يعتبر هذا الكتمان خيانة وتدليسا . ومن هذا القبيل ايضا ان يعمد البائع الى اخفاء عيب في المبيع بأن يكتمه عن المشترى .

ويتناول الفقه الاسلامي ايضا التغرير الصادر من الغير ، ما دام هذا الغير متواطئا مع العاقد الذي يفيد من التدليس . من ذلك الناجش ، وهو رجل يتواطأ مع صاحب سلعة يبيعها بالمزاد ليغالي في السلعة حتى يبلغها اكثر من قيمتها . ومن ذلك ايضا التدليس الصادر من الدلال . وقد نصت المادة ٥٣٢ من مرشد الحيران على أنه " لا رد في غبن فاحش في البيع الا اذا غر أحد المتبايعين الآخر أو غره الدلال " .

ويتضح من هذا العرض ان الفقه الاسلامي في احاطته بالنواحي المختلفة التي يثيرها موضوع التدليس قد وصل الى مدى يداني ما وصل اليه فقه القانون الحديث . غير أن هناك اختلافا بين الفقهين في خصوص معيار التدليس . ففقه القانون الحديث يقف عند معيار أوحد للتدليس ، هو المعيار الذاتي الذي مقتضاه ان يكون التدليس هو الدافع

الى التعاقد . بينما يقرن الفقه الاسلامى بهذا المعيار الذاتى معيارا موضوعيا ، هو أن يقترن بالتدليس غبن . وصحيح ان الغبن قد يتحقق فى فريق من حالات التدليس . ولكن التدليس قد يوجد وحده دون غبن فيدفع العاقد الى تعاقد لا مصلحة له فيه وما كان ليقدم عليه لولا الحيلة التى استعملت معه لدفعه الى التعاقد . ولهذا يعتبر التدليس فى حد ذاته فعلا ضارا يخول الحق فى المطالبة بالتعويض فضلا عن طلب ابطال العقد . ومن ثم فالاقتصار على المعيار الذاتى فى هذا الخصوص من شأنه ان يوفر حماية أكبر للمتعاقد المدلس عليه ، ولهذا رؤى الوقوف فى النصوص المقترحة عند المعيار الذاتى وحده ، وهو ما يأخذ به التقنين الحالى .

والمادة المقترحة تطابق فى حكمها المواد ١٥١ و ١٥٢ و ١/١٥٣ من التقنين الكويتى ، وذلك فيما عدا ان هذا التقنين يأخذ بفكرة العقد القابل للابطال .

(مادة ١١٢)

اذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فلا يتوقف العقد ، ما لم يثبت المتعاقد المدلس عليه ان المتعاقد الآخر كان يعلم او كان من المفروض حتما ان يعلم بهذا التدليس .

هذه المادة تطابق المادة ١٢٦ من التقنين الحالى ، مع تعديل هذه الأخيرة بما يفيد توقف العقد بدلا من اعتباره قابلا للابطال ، حيث

تنص على أنه " اذا صدر التدليس من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المدلس عليه ان يطلب الابطال ، ما لم يثبت ان المتعاقد الآخر كان يعلم او كان من المفروض حتما ان يعلم بهذا التدليس " .

وتطابق فى حكمها المادة ١٢٢ من التقنين العراقى التى تنص على انه " اذا صدر التغرير من غير المتعاقدين فلا يتوقف العقد الا اذا ثبت للعاقد المغبون ان العاقد الآخر كان يعلم او كان من السهل عليه ان يعلم بهذا التغرير وقت ابرام العقد " .

و تقابل المادة ١٤٨ من التقنين الأردنى التى تنص على أنه " اذا صدر التغرير من غير المتعاقدين واثبت المغرور ان المتعاقد الآخر كان يعلم بالتغرير وقت العقد جاز له فسخه " .

وتقابل المادة ٢/١٥٣ من التقنين الكويتى .

وحكم المادة المقترحة يتفق مع ما يقول به الفقه الاسلامى كما هو واضح من البيان السالف الذكر .

(مادة ١١٢)

١ - يكون العقد موقوف النفاذ للاكراه اذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر فى نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس .

٢ – وتكون الرهبة قائمة على أساس اذا كانت ظروف الحال وقت التعاقد تصور للطرف الذى يدعيها أن المكره قادر على ايقاع ما يهدد به وان خطرا جسيما يهدده فى النفس أو الجسم او الشرف او المال .

٣ – والتهديد بايقاع ضرر بالوالدين أو الأولاد او الزوج أو ذى رحم محرم يعتبر اكراها .

هذه المادة تقابل الماده ١٢٧ فقرة أولى وثانية من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

" ١ – يجوز ابطال العقد للاكراه اذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر فى نفسه دون حق ، وكانت قائمة على أساس .

٢ – وتكون الرهبة قائمة على أساس اذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذى يدعيها ان خطرا جسيما محدقا يهدده هو أو غيره فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المال " .

وقد ادخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

اولا – استبدل بعبارة : يجوز ابطال العقد " فى صدر الفقرة الاولى عبارة " يكون العقد موقوف النفاذ " . وذلك للأخذ بفكرة العقد

الموقوف التى يقول بها الفقه الاسلامى بدلا من فكرة العقد القابل للابطال التى يأخذ بها التقنين الحالى .

ثانيا – اضيف فى الفقرة الثانية ما يفيد تصور الطرف المكره ان من صدر منه الاكراه قادر على تحقيق ما يهدد به .

وهذه الفكرة تعتبر شرطا مستقلا لكى يكون الاكراه معتبرا فى الفقه الاسلامى . فهذا الفقه لا يقتصر على المعيار الذاتى او النفسى الذى يقول به الفقه الحديث ويأخذ به التقنين الحالى ، وهو ان يبعث الاكراه رهبة فى نفس المتعاقد تحمله على التعاقد حيث يغلب على ظنه وقوع ما هدد به ، بل يقرن هذا المعيار النفسى بمعيار مادى هو ان يكون من صدر منه الاكراه قادرا على ايقاع ما هدد به . وقد نصت المادة ١٠٠٣ من المجلة على المعيار المادى فقالت : " يشترط ان يكون المجبر مقتدرا على ايقاع تهديده ، بناء عليه من لم يكن مقتدرا على ايقاع تهديده واجرائه لا يعتبر اكراهه " . ونصت المادة ١٠٠٤ من المجلة على المعيار النفسى فقالت : " يشترط خوف المكره من وقوع المكره به ، يعنى يشترط حصول ظن غالب للمكره باجراء المجبر المكره به إن لم يفعل المكره عليه . ونصت المادة ٢٨٩ من مرشد الحيران على هذين المعيارين فقالت : " يشترط لاعتبار الاكراه المعدم للرضا ان يكون المكره قادرا على ايقاع ما هدد به ، وأن يخاف المكره وقوع ما صار تهديده به فى الحال بأن يغلب على ظنه وقوع

المكره به ان لم يفعل الامر المكره عليه فان كان المجبر غير قادر على ايقاع ما هدد به فلا يكون الاكراه معتبرا " .

(انظر ايضا فى هذا المعنى : المبسوط ج ٢٤ ص ٣٩ . البدائع ج ٧ ص ١٧٦ . عبدالرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٢ ص ٢١٧ - ٢١٩) .

وقد سار التقنين العراقى والتقنين الأردنى على هذا النهج . فنصت المادة ١١٣ من التقنين العراقى على أنه " يجب لاعتبار الاكراه ان يكون المكره قادرا على ايقاع تهديده ، وان يخاف المكره وقوع ما صار تهديده به بأن يغلب على ظنه وقوع المكره به ان لم يفعل الأمر المكره عليه " . ونصت المادة ١٤٠ من التقنين الأردنى على انه " يشترط ان يكون المكره قادرا على ايقاع ما هدد به وان يغلب على ظن المكره وقوع الاكراه عاجلا ان لم يفعل ما أكره عليه " .

ولكن رؤى فى النص المقترح ان يكون المعيار المادى مستمدا من تصور المكره قدرة من صدر منه الاكراه على تحقيق ما هدد به . فقد يكون هذا الأخير غير قادر على تحقيق وعيده ، ومع ذلك يتحقق الاكراه مادام يتوفر لدى المكره هذا التصور الذى تدعمه ظروف الحال

ثالثا - اضيف فى الفقرة الثانية ما يفيد توافر الرهبة وقت التعاقد ، مع حذف وصف الخطر الجسيم بأنه محدق .

ذلك ان الفقرة الثانية من المادة ١٢٧ من التقنين الحالى السالف ذكرها تشترط فى الخطر الجسيم الذى يتصوره المكره ان يكون محدقا. وكان نص المشروع التمهيدى للتقنين الحالى يشترط فى هذا الخطر أن يكون حالا . وعبرت المذكرة الايضاحية لذلك التقنين عن هذا الشرط بقولها ان الخطر يجب ان يكون وشيك الحلول (مجموعة الاعمال التحضرية ج ٢ ص ١٨٠) .

ولكن الرأى فى الفقه المعاصر ، وهو أيضا رأى الفقه الاسلامى (انظر المبسوط ج٢٤ ص٥٠ . كاشف الغطاء ج٣ ص١٧٧- ١٧٨ . عبدالرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج٢ ص٢٠٧ و ٢٠٨ . وقارن المادة ١٠٠٥ من المجلة والمادة ٢٩٠ من مرشد الحيران) ، ان الذى يعتد به ليس كون الخطر حالا أو مستقبلا وانما تأثر الارادة أو عدم تأثرها بالتهديد الموجة الى المكره . فالخوف من الخطر هو الذى يجب ان يكون حالا ، فقد يكون الخطر مستقبلا ومع ذلك يولد رهبة فى الحال تدفع الى التعاقد . حيث يتوقف الأمر قبل كل شيء على حالة المتعاقد النفسية . ومن ثم يكون المعول عليه هو أن تكون الرهبة حالة فى نفس المكره وقت التعاقد ، ويستوى بعد ذلك ان يكون الخطر حالا او غير حال . وهذا هو المعنى الذى روعى فى صياغة النص المقترح .

رابعا – أضيفت فقرة ثالثة تفيد توفر الاكراه عند التهديد بايقاع ضرر بالوالدين أو الأولاد أو الزوج أو ذى رحم محرم بدلا من اطلاق

لفظ الغير الذى جاء فى التقنين الحالى . وذلك اخذا بما يقول به الفقه الاسلامى فى تحديد اشخاص هذا الغير ، حيث يعتبر اكراها كل خطر جسيم يهدد الأب او الابن او الزوج أو ذا الرحم المحرم (المبسوط ج ٣٤ ص ١٤٣ - ١٤٤ . م ٢٨٧ من مرشد الحيران) .

وعلى هذا النهج سار التقنين العراقى والتقنين الأردنى . فنصت المادة ١١٢ فقرة ٣ من التقنين العراقى على ان " التهديد بايقاع ضرر بالوالدين او الزوج أو ذى رحم محرم والتهديد بخطر يخدش الشرف يعتبر اكراها ويكون ملجئا أو غير ملجىء بحسب الأحوال " .

ونصت المادة ١٣٧ من التقنين الأردنى على ان " التهديد بايقاع ضرر بالوالدين أو الأولاد او ذى رحم محرم والتهديد بخطر يخدش الشرف يعتبر اكراها ، ويكون ملجئا او غير ملجىء بحسب الأحوال" .

والرأى فى الفقه المعاصر انه فى التقنينات التى تحدد أشخاص الغير فى هذا الصدد ، كالتقنين الفرنسى (م ١١١٣ مدنى) والتقنين اللبنانى (م ١/٢١٠ موجبات وعقود) والتقنين العراقى (م ١١٢ /٣ مدنى) والتقنين الأردنى (م ١٣٧ مدنى) ، لا يعتبر هؤلاء الأشخاص مذكورين على سبيل الحصر ، غاية الأمر ان الخطر اذا كان يهدد واحدا من هؤلاء قامت قرينة على ان الاكراه متحقق ، واذا هدد غير هؤلاء وجب اثبات ان الخطر الذى يهدده اثر فى نفس المتعاقد الى حد الاكراه .

هذا ، وقد ظفر الاكراه فى الفقه الاسلامى بعناية لم يظفر بها أى عيب آخر من عيوب الارادة . حتى ان المذهبين الحنفى والشافعى جعلا الجزاء عليه أشد من الجزاء على عيوب الارادة الاخرى . فالغلط والتدليس يجعلان العقد غير لازم ، فيكون للعاقد الخيار فى امضاء العقد أو فسخه . اما فى الاكراه فالمذهب الحنفى يتردد بين فساد العقد وتوقفه ، وكلاهما أشد من عدم اللزم . والمذهب الشافعى يجعل جزاء الاكراه البطلان. اما المذهب المالكى فيجعل تصرف المكره غير لازم.

والاكراه فى الفقه الاسلامى هو حمل الغير على ما لا يرضاه . ذلك ان الارادة فى الفقه الاسلامى تتكون من عنصرين ، هما الاختيار والرضاء . والاكراه على نوعين : اكراه ملجىء وهو الاكراه الذى يهدد بفوات النفس أو العضو ، واكراه غير ملجىء وهو الاكراه بما دون ذلك كالحبس او القيد او الضرب . وكل منهما يعدم الرضاء .

ويفرق بينهما ان الاكراه الملجىء يفسد الاختيار ، فيؤثر فى التصرفات القولية والتصرفات الفعلية ، اى فى التصرفات القانونية والوقائع المادية ، فيفسد الاولى ويصلح عذرا يعفى من المسئولية عن الثانية . اما الاكراه غير الملجىء فلا يفسد الاختيار ، ومن ثم يؤثر فى التصرفات القولية دون التصرفات الفعلية . فسواء كان الاكراه ملجئا او غير ملجىء فانه يكون معتبرا فى التصرفات القانونية باعتباره عيبا من عيوب الارادة .

وقد وردت هذه التفرقة بين نوعى الاكراه فى المادة ١٠٠٧ من المجلة والمادة ٢٨٦ من مرشد الحيران .

كما وردت هذه التفرقة فى المادة ٢/١١٢ من التقنين العراقى والمادتين ١٣٦ ، ١٣٨ من التقنين الأردنى .

ومع ذلك فان حكم الاكراه فى التصرفات القانونية لا يختلف بحسب ما اذا ملجئا ام غير ملجىء . ولهذا نصت المادة ١١٥ من التقنين العراقى على ان " من اكره اكراها معتبرا بأحد نوعى الاكراه على ابرام عقد لا ينفذ عقده " . ونصت المادة ١٤١ من التقنين الاردنى على ان " من أكره بأحد نوعى الاكراه على ابرام عقد لا ينفذ عقده ولكن لو اجازه المكره او ورثته بعد زوال الاكراه صراحة او دلالة ينقلب صحيحا " .

لهذا رؤى عدم ذكر هذه التفرقة بين نوعى الاكراه فى النص المقترح ما دام ان حكم النوعين واحد فى التصرفات القانونية .

(انظر عبدالرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٢ ص ١٩٨ - ٢٣٥ . وانظر المواد ٩٤٨ و ٩٤٩ و ١٠٠٣ - ١٠٠٦ من المجلة والمواد ٢٨٥ - ٢٩٩ من مرشد الحيران) .

والنص المقترح يقابل المادة ١١٣ من التقنين العراقى ، والمادة ١٤٠ من التقنين الأردنى . وقد تقدم ذكر هذين النصين .

ويقابل المادة ١٥٦/١ و ٢ من التقنين الكويتى .

(مادة ١١٤)

يراعى فى تقدير الاكراه اختلاف الأشخاص بحسب الجنس والسن ودرجة التأثر ومستوى الثقافة والحالة الاجتماعية والصحية وغير ذلك من الظروف التى يكون من شأنها ان تؤثر فى جسامة الاكراه .

هذه المادة تطابق فى حكمها المادة ٣/١٢٧ من التقنين الحالى التى تجرى على النحو التالى : " يراعى فى تقدير الاكراه جنس من وقع عليه هذا الاكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى جسامة الاكراه " .

وتطابق فى حكمها المادة ١١٤ من التقنين العراقى ، والمادة ١٣٩ من التقنين الأردنى ، والمادة ٣/١٥٦ من التقنين الكويتى ، والمادة ٢٨٨ من مرشد الحيران (انظر المبسوط ج ٢٤ ص ٥٠ و ٦٨ و ص ١٥١ - ١٥٤ . وانظر عبدالرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٢ ص ٢٠٣ ومابعدها) .

(مادة ١١٥)

اذا صدر الاكراه من غير المتعاقدين ، فلا يتوقف العقد ، ما لم يثبت المتعاقد المكره ان المتعاقد الآخر كان يعلم أوكان من المفروض

حتما ان يعلم بهذا الاكراه .

هذه المادة تقابل١٢٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى:
" اذا صدر الاكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المكره ان يطلب ابطال العقد ، ما لم يثبت ان المتعاقد الآخر كان يعلمْ او كان من المفروض حتما ان يعلم بهذا الاكراه " .

وقد عدلت مادة التقنين الحالى بما يفيد توقف العقد بدلا من اعتباره قابلا للابطال ، كما ادخل عليها تعديل لفظى على النحو الوارد فى النص المقترح .

والفقه الاسلامى يعتد بالاكراه الواقع من غير المتعاقدين (انظر الخانية ج ٣ ص ٤٨٥ و ٤٨٦) ، ولكن يبدو انه لا يشترط ان يكون المتعاقد المستفيد من الاكراه متواطئا مع الغير الذى وقع منه الاكراه . أو عالما بما وقع من الاكراه او مستطيعا ان يعلمه (عبدالرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج٢ ص٢٢١ ومابعدها).

والمادة المقترحة تطابق فى حكمها المادة ٢/١٥٧ من التقنين الكويتى .

وقد كانت الفقرة الثالثة من المادة ١٧٨ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى تنص على انه " اذا ابرم شخص عقدا للخلاص من خطر

جسيم حال ، يهدده هو او احد اقاربه ، فلا يعتبر هذا العقد قابلا للبطلان بسبب الاكراه ، اذا كان الطرف الآخر حسن النية ولم يقصد ان يستغل الطرف المهدد " .

وهذا النص يواجه الاكراه في حالة الضرورة . ويراد به ان ظروفا تتهيأ مصادفة فيستغلها المتعاقد للضغط على ارادة الطرف الآخر وحمله على التعاقد . مثل ذلك ان تشرف سفينة على الغرق فتتقدم اخرى لانقاذها ، ويشترط قائد هذه الأخيرة قبل الانقاذ التعهد بمبلغ كبير فى مقابل عملية الانقاذ . أو يتقدم شخص لانقاذ آخر من غرق أو حريق او قتل فيطلب منه التعهد بمبلغ باهظ مقابل ذلك . أو يطلب طبيب متخصص فى نوع خطير من العمليات الجراحية اجرا فاحشا من مريض يخشى على نفسه الهلاك اذا لم تجر له هذه العملية .

ويفرق النص بين ما اذا كان الطرف الآخر حسن النية ولم يقصد استغلال الظروف الى تهيأت مصادفة للضغط على ارادة المتعاقد المكره ، وما اذا كان سيء النية واراد استغلال هذه الظروف ، فلا يجوز ابطال العقد فى الحالة الأولى ، ويجوز هذا الابطال فى الحالة الثانية .

ويتفق الرأى فى الفقه مع التفرقة التى يقول بها النص . فهو يرى ان الاكراه يتحقق فى حالة الضرورة اذا كان الطرف الآخر سيء

النية واستغل الظروف التى تهيأت مصادفة للضغط على ارادة المتعاقد بغية الحصول على مغنم فاحش .

كما ان مذهب مالك فى الفقه الإسلامى يعتد بالاكراه فى هذه الحالة (الحطاب ج٤ ص ٢٤٨ - ٢٥٠ - المواق ج٤ ص ٢٤٩ . عبدالرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٢ ص ٢٢١) .

ولكن مع ذلك رئى عدم ايراد مثل هذا النص لأن حالة الضرورة تدخل فى نطاق الاستغلال على اعتبار انها تنطوى على استغلال حاجة المتعاقد ، اذ ان معنى الحاجة لا يقتصر على الحاجة المادية ، بل يشمل كذلك صورها الأخرى .

(مادة ١١٦)

١ - يكون العقد موقوف النفاذ اذا كانت التزامات احد المتعاقدين لا تتعادل ، بدرجة غير مألوفة ، مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد او مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين ان المتعاقد المغبون لم يبرم العقد الا لأن المتعاقد الآخر قد استغل حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته او ضعف ادراكه ، او تبين بوجه عام ان رضاءه لم يصدر عن اختيار كاف . ويجوز للقاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون ان يبطل العقد او ان ينقص التزامات هذا المتعاقد .

٢ – ويسرى هذا الحكم اذا كان التصرف تبرعا ، وكانت التزامات الطرف المغبون لا تتناسب البتة مع مقدار ثروته أو مع ما يؤلف التبرع به فى مثل ظروفه .

٣ – ويجوز فى جميع الأحوال إن يتوقى الطرف الآخر دعوى الابطال اذا عرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن .

هذه المادة تقابل المادة ١٢٩ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

" ١ – اذا كانت التزامات احد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد او مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين ان المتعاقد المغبون لم يبرم العقد الا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا او هوى جامحا ، جاز للقاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون ان يبطل العقد أو ان ينقص التزامات هذا المتعاقد .

٢ – ويجب ان ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، والا كانت غير مقبولة .

٣ – ويجوز فى عقود المعاوضة ان يتوقى الطرف الآخر دعوى الابطال ، اذا عرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن " .

وقد كانت هذه المادة فى مشروع هذا التقنين بعد ان عدلت فى لجنة المراجعة تجرى على النحو الآتى:

" ١ - اذا كانت التزامات احد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد او مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين ان المتعاقد المغبون قد استغل طيشه او حاجته او عدم خبرته او ضعف ادراكه ، أو تبين بوجه عام ان رضاءه لم يصدر عن اختيار كاف ، جاز للقاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون ان يبطل العقد او أن ينقص التزامات هذا المتعاقد . ويسرى هذا الحكم ولو كان التصرف الذى صدر من الطرف المغبون تبرعا .

٢ - ويجوز فى عقود المعاوضة ان يتوقى الطرف الآخر دعوى الابطال اذا عرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن " .

ثم عدلت هذه المادة فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ الى ما هى عليه الآن . حيث رأت اللجنة عدم التوسع الى الحد الذى ورد فى المشروع على غرار نظيره فى أكثر التقنينات الحديثة ، ومنها التقنين الالمانى والسويسرى والبولونى واللبنانى والمشروع الفرنسى الايطالى (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٨٩ - ٢٠٣) .

والواقع ان نص التقنين الحالى منتقد من ناحيتين : الأولى أنه يقصر عن مواجهة حالات استطاع القضاء فيها ان يكفل الحماية

للطرف المغبون اذا ابرم التصرف وهو مسلوب الارادة ، دون ان يكون ذلك راجعا الى طيش او هوى ، وهى الحالات التى لجأ فيها القضاء الى نظرية الاستهواء والتسلط على الارادة . مثل ذلك ان قضى بابطال عقد بيع لفساد رضاء البائع بسبب كونه متقدما فى السن ومصابا بأمراض مستعصية من شأنها ان تضعف ارادته فيصير سهل الانقياد خصوصا لأولاده المقيمين معه الذين صدر العقد لهم (نقض مدنى فى ٢ يناير ١٩٤١ ، مجموعة القواعد القانونية ج ٣ ص٢٢٦ رقم ١٨٩ . انظر كذلك نقض مدنى فى ٢٩ ابريل ١٩٤٣ ، مجموعة القواعد القانونية ج ٤ ص ١٥٢ رقم ٥٥) . كما قضى بعدم التزام ورثة المتوفى بما تعهد به فى سند صدر منه وهو فى حالة مرضية تهدد حياته بالخطر مما جعله يفكر فى الانتحار فضلا عن كونه فى حالة عقلية تجعله مسلوب الارادة (استئناف مصر فى ٣١ مايو ١٩٣٣ ، المحاماة ١٤ - ١٦٧ - ٨٦) .

والناحية الثانية أنه لا يتفق مع النزعة السائدة فى العصر الحاضر ، وهى تأبى استغلال احد المتعاقدين لحالة الضعف التى يوجد فيها المتعاقد الآخر ، ايا كان سببها . فهناك نواح عديدة للضعف يمكن ان تكون محل استغلال ، ولا وجه لأن نحرم الاستغلال فى ناحية ونتركه فى ناحية أخرى ، فهذا مسلك لا نجده فى أى من التشريعات الحديثة التى أخذت بنظرية الاستغلال ، كما انه يضيق من نطاق الحكم الى حد يقعد به عن ان يحقق الغاية التى ترجى منه على الوجه الأكمل .

ويلاحظ فى النص المقترح ما يأتى :

أولا – انه توسع فى حالات الضعف التى يمكن ان تكون محل استغلال ، على غرار ما جاء فى التشريعات الأجنبية الحديثة ، حتى يحقق الغاية التى ترجى منه على الوجه الأكمل .

ثانيا – انه ، وان جعل العقد موقوفا ، الا انه ابقى على الجزاء الذى ينص عليه التقنين الحالى ، وهو ابطال العقد او انقاص التزامات المتعاقد المغبون .

ثالثا – انه افرد فقرة للتبرعات . واقتضى هذا ان يتحدد المعيار الذى يهتدى به القاضى فى تقدير مدى الغبن . ذلك انه فى المعاوضات يتمثل العنصر المادى فى الاستغلال فى اختلال التعادل بين الاداءات المتقابلة . اما فى التبرعات فلا محل للقول ان هناك اختلالا فى التعادل ، اذ لا تعادل اصلا ، فهو معدوم لأن العاقد لا يأخذ مقابلا لما يعطى . ولذلك فان تقدير العنصر المادى فيها ينظر فيه الى مقدار التبرع بالنسبة الى ثروة المتصرف وكذلك بالنسبة الى ما يؤلف التبرع به فى مثل الظروف التى وجد فيها المتصرف .

رابعا – انه عمم الحكم فى حالة ما اذا أراد الطرف الآخر ان يتوقى الابطال فيعرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن . فلم يجعله قاصرا على عقود المعاوضة كما هو الحكم فى نص التقنين الحالى ، بل جعله عاما ايضا للتبرعات .

خامسا – انه قد اغفلت فيه الفقرة الثانية من النص الحالى التى توجب ان ترفع دعوى الاستغلال خلال سنة من تاريخ العقد ، اذ لا وجه للتفريق فيما يتعلق بحكم تقادم الدعوى بين الاستغلال وغيره من عيوب الارادة .

والمادة المقترحة تقابلها المادة ١٢٥ من التقنين العراقى التى تنص على ما ياتى : " اذا كان أحد المتعاقدين قد استغلت حاجته او طيشه او هواه او عدم خبرته او ضعف ادراكه فلحقه من تعاقده غبن فاحش ، جاز له فى خلال سنة من وقت العقد ان يطلب رفع الغبن عنه الى الحد المعقول فاذا كان التصرف الذى صدر منه تبرعا جاز له فى هذه المدة ان ينقضه " .

وتقابلها المواد ١٥٩ و ١٦٠ و ١٦١ من التقنين الكويتى .

ويلاحظ ان الفقه الاسلامى لا يعتد بالغبن الفاحش بدون تغرير الا فى مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة (م ٣٥٦ من المجلة و م٣٠٠ مرشد الحيران و م ٢/١٢٤ مدنى عراقى وم ١٤٩ مدنى أردنى) . وفى غير هذه الحالات لا يعتد هذا الفقه بالغبن الفاحش الا اذا اقترن به تغرير (م ٣٥٧ من المجلة و م ٣٠٠ من مرشد الحيران وم ١/١٧١ مدنى عراقى و م ١٤٥ مدنى اردنى). والتغرير، أى التدليس ، يدنو فى جوهره من الاستغلال . حيث يلجأ المدلس الى حيلة تعمى المتعاقد على الحقيقة فيضل ويتعاقد على غير هدى . اما

لطيشه او هواه او عدم خبرته او ضعف ادراكه . اذ ان عيوب الارادة تجمع بينها فكرة مشتركة بحيث يصعب فصل واحد منها من غيره من العيوب فصلا تاما . فما تتأثر به الارادة فى الاستغلال لايختلف فى جوهره عما تتأثر به فى العيوب الأخرى .

بل انه يمكن القول ان الغلط فى القيمة على النحو الذى يعرضه الفقه الاسلامى انما ينطوى على استغلال العاقد المغبون فى عدم خبرته . ففى المذهب الحنفى يقول الحموى فى غمز عيون البصائر (ج ٢ ص ١٩٥) : " خيار الغبن يثبت فى صورة الوكيل والوصى . وفى صورة تغرير البائع المشترى ، بأن كان المشترى غبيا لا يعرف ، فقال البائع اشتر بهذا الثمن فانه يساويه فاشتراه مغترا بقوله فله خيار الغبن .

وفى المذهب الحنفى ايضا قد يستغل العاقد المغبون فى حاجته الملحة اذا كان مضطرا الى التعاقد . وهذا هو بيع المضطر وشراؤه (ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٦) : " بيع المضطر وشراؤه فاسد وهو ان يضطر الرجل الى طعام او شراب او لباس او غيرها ، ولا يبيعها البائع الا بأكثر من ثمنها بكثير .... " .

(عبدالرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٢ ص ١٥١ و ١٥٢) .

(مادة ١١٧)

يراعى فى تطبيق المادة السابقة عدم الاخلال بالأحكـام الخاصـة بالغبن فى بعض العقود .

هذه المادة تطابق المادة ١٣٠ من التقنين الحالى .

(٢) المحل

(مادة ١١٨)

١ - يجب ان يكون محـل العقـد جـائزا شـرعا ، والا كـان العقـد باطلا .

٢ - ولا يجوز التعامل فى تركة انسان علـى قيـد الحيـاة ، ولـو كان ذلك برضاه ، الا فى الأحوال التى نص عليها القانون .

اختلف الفقهاء فى تحديد ماهية المحل . فمنهم مـن يعتـبره ركنـا فـى الالـتزام . ومنهم مـن يعتـبره مـن عنـاصر الارادة . وهـذا الـراى الأخير رغم صحته لا يفصل فى الخلاف ، لأن المحل ايا كـان وضعـه يعتبر من عناصر الارادة ، اذ الارادة المعتبرة قانونا هى التى تتجه الى التعاقد وهى على بينة من المحل . والصحيح مـا يـراه فريـق مـن ان للالتزام محلا وللعقد محل آخر ، فكل من المحلين يتمـيز عـن الآخـر . ويظهر هذا التمييز فيما نصت عليـه المـادة ١٨٦ مـن تقنيـن الموجبـات والعقـود اللبنـانى اذ تقـول : " الموضـوع الحقيقـى لكـل عقـد هـو انشـاء

الموجبات ، على أن هذا الغرض لا ينال الا اذا كان للموجبات نفسها مواضيع توافرت فيها بعض الصفات " . حيث يتضح من هذا النص ان الشارع اللبنانى يفرق بحق بين محل الالتزام ومحل العقد .

فمحل الالتزام هو الاداء الذى يجب على المدين ان يقوم به لصالح الدائن . وهو اما اعطاء شيء او عمل غير الاعطاء او امتناع عن عمل .

اما محل العقد فهو العملية القانونية المقصودة من العقد . واذ كان اثر العقد هو انشاء التزامات ، فان هذه الالتزامات ترمى فى مجموعها الى تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد وبهذا يتميز محل العقد عن محل الالتزام ، كما يخضع كل منهما لأحكام غير التى يخضع لها الآخر .

وأية ذلك ان محل الالتزام قد يكون صحيحا فى ذاته ولكن العقد يقع باطلا ، لأن العملية القانونية المقصودة منه يحرمها القانون كما فى تحريم التعامل فى تركة مستقبلة لشخص على قيد الحياة وكما فى تحريم التعامل فى الحق المتنازع فيه بالنسبة الى القضاء واعضاء النيابة اذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون اعمالهم فى دائرتها .

ولا يتطلب القانون فى محل العقد الا شرطا واحدا ، هو ان يكون

مشروعا اى لا يخالف النظام العام والآداب .

والفقرة الأولى من المادة المقترحة نص مستحدث .

اما الفقرة الثانية فتطابق المادة ٢/١٣١ من التقنين الحالى والمادة ٢/١٢٩ من التقنين العراقى والمادة ٢/١٦٠ من التقنين الأردنى والمادة ١٦٩ من التقنين الكويتى .

وسند حكمها فى الفقه الاسلامى ان النهى عن بيع المعدوم فى هذا الفقه انما هو للغرر لا للعدم . ومن ثم يكون التعامل فى التركة المستقبلة باطلا لما يقع فيه من الغبن والضرر (انظر ابن القيم فى اعلام الموقعين ج أول ص ٣٥٧ - ٣٦١ . عبدالرزاق السنهورى) .

(مادة ١١٩)

١ - يجب ان يكون محل الالتزام الذى ينشأ من العقد ممكنا ، ومعينا تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة او قابلا لهذا التعيين ، وجائزا شرعا ، والا كان العقد باطلا .

٢ - ويجوز ان يكون المعقود عليه شيئا مستقبلا اذا عين تعيينا نافيا للجهالة والغرر :

يقابل هذا النص فى فقرته الأولى المادة ١٨١ من المشروع

التمهيدى للتقنين الحالى التى تقول : " يجب ان يكون محل الالتزام الذى ينشأ عن العقد امرًا ممكنا ، ومعينا او قابلا للتعيين ، وجائزا شرعا والا كان العقد باطلا . وقد حذفت هذه المادة فى لجنة المراجعة اكتفاء بالمواد التالية (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٠٧ فى الهامش) .

وقد ادخل على هذه المادة تعديل يتفق مع ما يتطلبه الفقه الاسلامى من وجوب ان يكون المحل معينا تعيينا واضحا لا يتطرق اليه اى شك ، وذلك خوفا على الصفقة من الغرر ، فهو يتشدد فى التطبيق فيتطلب قدرا من التعيين اكبر مما يتطلبه التقنين الحالى ، حيث يجب ان يكون محل الالتزام معينا تعينا نافيا للجهالة الفاحشة ، أو يكون قابلا للتعيين على هذا النحو (أنظر الحطاب ج ٤ ص٢٨٥ و٢٨٦ و ٢٨٩ - البدائع ج ٥ ص ١٥٦ - ١٦١ - الزيلعى ج ٤ ص ٥ و٦ - المهذب ج ١ ص ٩٦٦ - عبدالرزاق السنهورى مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٣ ص ٦٩ - ٨٢ - م ١٩٧ - ٢٠٤ ، من المجلة و م ٣٠٢ و ٣٠٣ من مرشد الحيران) .

والفقرة الأولى من النص المقترح تطابقها فى الحكم المادة ١٢٨ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

" ١ - يلزم ان يكون محل الالتزام معينا تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالأشارة اليه أو الى مكانه الخاص ان كان

موجودا وقت العقد او ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره ان كان من المقدرات او بنحو ذلك مما تنتفى به الجهالة الفاحشة . ولا يكتفى بذكر الجنس عن القدر والوصف .

٢ – على انه يكفى ان يكون المحل معلوما عند العاقدين ولا حاجة لوصفه وتعريفه بوجه آخر .

٣ – فاذا كان المحل لم يعين على النحو المتقدم فالعقد باطل " .

وتطابقها فى الحكم المادة ١٦١ من التقنين الأردنى ، وهى تطابق المادة ١٢٨ من التقنين العراقى .

وتطابقها فى الحكم المواد ١٦٧ و ١/١٧١ و ١٧٢ من التقنين الكويتى .

والفقرة الثانية من النص المقترح روعى فى حكمها ما يخشاه الفقه الاسلامى من غرر فى الصفقة . فالنهى عن بيع المعدوم فى هذا الفقه انما هو للغرر لا للعدم كما سبق القول . فاذا كان التعامل فى الشىء المستقبل احتماليا جزافا ، فانه يكون باطلا لما فيه من الغبن والغرر . اما اذا كان التعامل غير جزاف ، بحيث لا يدفع المشترى من الثمن الا بمقدار ما يأخذ من المبيع يكون هناك غبن ولا غرر ، ومن ثم يصح التعامل ويتحقق ذلك اذا عين الشىء تعيينا نافيا للجهالة

والغرر . وقد نصت المادة ١/١٢٩ من التقنين العراقى فى هذا المعنى على أنه " يجوز ان يكون محل الالتزام معدوما وقت التعاقد اذا كان ممكن الحصول فى المستقبل وعين تعيينا نافيا للجهالة والغرر " .

كما نصت المادة ١/١٦٠ من التقنين الأردنى على انه " يجوز ان يكون محلا للمعاوضات المالية الشىء المستقبل اذا انتفى الغرر " . وجاءت الفقرة الثانية من النص المقترح مطابقة لهذين النصين (انظر عبدالرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج٣ ص٥٧ و ٥٨) .

وهذه الفقرة تقابلها المادة ١٦٨ من التقنين الكويتى .

(مادة ١٢٠)

اذا كان محل الالتزام مستحيلا فى ذاته كان العقد باطلا .

هذه المادة تطابق المادة ١٣٢ من التقنين الحالى .

وتطابق فى حكمها المادة ١٢٧ من التقنين العراقى ، والمادة ١٥٩ من التقنين الأردنى ، والمادة ١٦٧ من التقنين الكويتى .

(انظر البدائع ج ٥ ص ١٤٧ و ١٤٨ و ١٦٨ - المبسوط ج ١٢ ص ١٩٤ - م ١٩٨ من المجلة و م ٣٦٧ من مرشد الحيران) .

(مادة ١٢١)

١ - اذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته ، وجب ان يكون معينا بنوعه ومقداره ، والا كان العقد باطلا .

٢ - ويكفى ان يكون المحل معينا بنوعه فقط اذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره . واذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشىء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف او من اى ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئا من صنف متوسط .

هذه المادة تطابق المادة ١٣٣ من التقنين الحالى .

وتطابق فى حكمها المادة ٢/١٧١ من التقنين الكويتى .

(مادة ١٢٢)

اذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود ، التزم المدين بقدر عددها المذكور فى العقد دون ان يكون لارتفاع قيمة هذه النقود او لانخفاضها وقت الوفاء اى أثر .

هذه المادة تطابق المادة ١٣٤ من التقنين الحالى مع استبدال عبارة " دفع مبلغ من النقود " بكلمة " نقودا "، لأن محل الالتزام عمل، وهو دفع مبلغ من النقود ، وليس النقود فى ذاتها .

وتطابق فى حكمها المادة ١٦٢ من التقنين الأردنى ، والمادة ١٧٣ من التقنين الكويتى .

(مادة ١٢٣)

يجوز ان يقترن العقد بشرط اذا كان هذا الشرط لا يخالف النظام العام والآداب ، والا الغى الشرط وصح العقد ، ما لم يكن الشرط هو الدافع الى التعاقد فيبطل العقد .

هذا النص مستحدث . وهو يطابق فى حكمه المادة ١٣١ من التقنين العراقى التى تقول :

" ١ - يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جاريا به العرف والعادة .

٢- كما يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير إذا لم يكن ممنوعا قانونا أو مخالفا للنظام العام أو للآداب وإلا لغا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضا " .

ويطابق فى حكمه المادة ١٦٤ من التقنين الأردنى ، وهى تطابق المادة ١٣١ من التقنين العراقى .

ويطابق فى حكمه المادة ١٧٥ من التقنين الكويتى .

والفقه الإسلامى زاخر بالبحث فى مدى صحة الشروط التى تقترن بالعقد . فهناك الشرط الذى يقتضيه العقد ، والشرط الذى يلائم العقد ، والشرط الذى يجرى به العرف والعادة . وهناك الشرط الذى فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير . والمذاهب الإسلامية تختلف فيما بينها فى مدى صحة هذه الشروط . ويرجع هذا الإهتمام إلى الحرص على مبدأ وحدة الصفقة من ناحية ، وإلى الخشية من شبهة الربا من ناحية أخرى إذا كان الشرط ينطوى على منفعة لا يقابلها عوض . ومع ذلك فقد تطور الفقه الإسلامى فى هذا الخصوص فى مذاهبه المختلفة ولا سيما فى المذهبين المالكى والحنبلى . حتى كاد المذهب الحنبلى يبيح الشروط المقترحة بالعقد بصورة عامة ، ما لم تكن مخالفة للنظام العام أو الآداب . وقد ظهر ذلك فيما نصت عليه المادة ١٣١ من التقنين العراقى والمادة ١٦٤ من التقنين الأردنى السالفتى الذكر .

(أنظر فى هذا المذهب الحنفى البدائع جـ ٥ ص١٦٩ - ١٧٣. وفى المذهب الشافعى المهذب جـ ١ ص ٢٦٨ . وفى المذهب المالكى الحطاب جـ ٤ ص٣٧٣ - ٣٧٥. وفى المذهب الحنبلى المغنى جـ ٤ ص ٢٨٥ ــ ٢٨٦ . وأنظر عرضا وافيا لكل هذه المذاهب فى : عبدالرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الإسلامى جـ ٣ ص ١١٢ - ١٩٥) .

٣- السبب .

(مادة ١٢٤)

١- يجب أن يكون الباعث الدافع إلى التعاقد جائزا شرعا ، وإلا كان العقد باطلا .

٢- على أنه لا يجوز للمتعاقد الذى قام لديه الباعث غير المشروع أن يتمسك ببطلان العقد ، إلا إذا كان المتعاقد الآخر على علم بهذا الباعث .

اختلف الفقهاء فى تحديد ماهية السبب . فمنهم من يعتبره ركنا فى الإلتزام ، ومنهم من يعتبره ركنا فى العقد ، ومنهم من يعتبره من عناصر الإرادة . وهذا الرأى الأخير رغم صحته لا يفصل فى الخلاف ، لأن السبب أيا كان وضعه يعتبر من عناصر الإرادة ، إذ الإرادة المعتبرة قانونا تتجه إلى التعاقد يحدوها غرض تهدف إليه أو باعث تتحرك بدافع منه . والصحيح ما يراه فريق من أن للإلتزام سببا وللعقد سبب آخر ، فكل من السببين يتميز عن الآخر .

ويظهر هذا التمييز فيما عليه المادة ١٩٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى إذ تقول : " يميز بين سبب الموجب وسبب العقد " . كما نصت المادة ٢٠٠ من هذا التقنين على " أن سبب العقد يكون فى الدافع الشخصى الذى حمل الفريق العاقد على إنشاء العقد وهو لا يعد جزءا غير منفصل فى العقد بل يختلف فى كل نوع من العقود وان تكن من فئة واحدة ". ونصت المادة ٢٠١ من هذا التقنين على أنه " اذا كان

سبب العقد غير مباح كان العقد باطلا أصلا " .

كما يظهر هذا التمييز فيما نصت عليه المادتان ١٦٥ ، ١٦٦ من التقنين الأردنى : فالمادة ١٦٥ من هذا التقنين تتحدث عن سبب الإلتزام فتقول :

" ١- السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد .

٢- ويجب أن يكون موجودا وصحيحا ومباحا غير مخالف للنظام العام أو الآداب " . والمادة ١٦٦ من هذا التقنين تتحدث عن سبب العقد فتقول :

" ١ - لا يصح العقد إذا لم تكن فيه منفعة مشروعة لعاقديه .

٢- ويفترض فى العقود وجود هذه المنفعة المشروعة ما لم يقم الدليل على غير ذلك " . (م ٣٠٥ من مرشد الحيران) .

فسبب الإلتزام هو الغرض المباشرالمجرد الذى يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء إلتزامه . فهو عنصر موضوعى ، وداخل فى العقد ، ولا يتغير فى النوع الواحد من العقود . وهذا هو المعنى المقصود من إعتباره الغرض المجرد للملتزم . فمثلا فى عقود البيع يكون سبب إلتزام البائع بنقل الملكية هو دائما رغبته فى الحصول على الثمن ، ويكون سبب إلتزام المشترى بدفع الثمن هو دائما رغبته فى الحصول على المبيع .

أما سبب العقد فهو الباعث الدافع إلى التعاقد ، أى الباعث الرئيسى الذى جعل المتعاقد يقدم على إبرام التصرف . وهذا الباعث يختلف بطبيعة الحال من شخص إلى آخر فيتغير فى النوع الواحد من العقود . فهذا يبيع لأنه فى حاجة إلى مال ينفقه فى أغراض معيشته ، وذاك يبيع لأنه يريد أن يشترى بالثمن شيئا آخر . وفى هذا يختلف سبب العقد عن سبب الإلتزام .

ولا يتطلب القانون فى سبب العقد فيما يتعلق بذاتيته سوى شرط المشروعية ، أى عدم مخالفته للنظام العام والآداب ، إذ لابد لكل إرادة من باعث يحركها وإلا كانت إرادة غير واعية تصدر من شخص عديم التمييز .

على أنه إذا كان المتعاقد الذى يتمسك ببطلان العقد هو الطرف الذى قام لديه الباعث غير المشروع ، وجب أن يتوافر شرط آخر لإمكان بطلان التصرف . وهو لا يتعلق بذاتية السبب ، وإنما يتعلق بإستقرار التعامل ، حيث يجب أن يكون المتعاقد الآخر على علم بهذا الباعث غير المشروع . إذ لا يكون من العدل أن يفاجأ الطرف حسن النية ببطلان التصرف فى حين أنه لا يعلم عن ذلك الباعث شيئا . وهذا يتفق مع ما يشترطه القانون فى الغلط لإبطال العقد من أن الطرف الذى لم يقع فى الغلط يجب أن يكون على علم به أو أن يكون من المفروض حتما أن يعلم به . كما أنه الحل الذى يأخذ به القضاء .

أما إذا كان الطرف الذى يتمسك بالبطلان حسن النية وقت قيام العقد ، ولكنه علم بعد ذلك بالباعث غير المشروع ، فإنه يجاب إلى طلب البطلان ، إذ أن هذا لا يمس إستقرار التعامل ، كما أنه ليس من المقبول أن يكافأ الطرف الآثم على نجاحه فى إخفاء الباعث غير المشروع .

ويلاحظ أن التقنين اللبنانى والتقنين الأردنى يميزان فى نصوصهما بين سبب الإلتزام وسبب العقد على النحو الذى تقدم ذكره ، كما أن فريقا من الفقه المصرى والفقه التونسى يقول بهذا التمييز ، وهو واضح كذلك فى أحكام القضاء ، حيث جاءت أغلب التطبيقات القضائية فى خصوص الباعث غير المشروع .

والفقرة الأولى من المادة المقترحة تطابق فى حكمها المادة ١١٦ من التقنين الأردنى التى تقول :

" ١ - لا يصح العقد إذا لم تكن فيه منفعة مشروعة لعاقديه .

٢- ويفترض فى العقود وجود هذه المنفعة المشروعة ما لم يقم الدليل على غير ذلك " .

والمادة المقترحة تطابق فى حكمها الفقرة الثانية من المادة ١٧٦ من التقنين الكويتى التى تقول : " ويعتد فى السبب بالباعث المستحث

الذى يدفع المتعاقد إلى التعاقد إذا كان المتعـاقد الآخـر يعلمـه ، أو كـان ينبغى عليه أن يعلمه " .

والباعث الدافع إلى التعاقد له مكان ملحوظ فى الفقه الإسلامى . فهو الذى تقاس به النوايا على أساس مـن الإعتبـارات الأدبيـة والخلقيـة والدينية . ولذلك فإن المذهبين الحنبلى والمالكى يعتـدان بـه سـواء ذكـر فى العقد أو لم يذكر ، ما دام يكون معلومـا مـن الطـرف الآخـر . فـإذا كان الباعث مشروعا فـالعقد صحيـح ، وإذا كـان غـير مشـروع فـالعقد باطل (اعلام الموقعين لابن القيم جـ ٣ ص ٩٦ ـ ٩٨ . المغنى جـ ٤ ص ٢٨٣ ـ ٢٨٥ . الحطاب جـ ٤ ص ٢٦٧) . بل إنه يعتد بالبـاعث ولو لم يعلم به الطرف الآخر إذا كانت الظروف بحيـث ينبغـى أن يعلـم به (القواعد لابن رجب ص ٣٢١ ، ٣٢٢) .

(أنظر فـى هـذا : عبدالـرزاق السـنهورى ، مصـادر الحـق فـى الفقه الإسلامى جـ ٤ ص ٥٣ ـ ٨٦) .

كذلك يعتد الفقه الإسلامى إلى جانب البـاعث الدافـع إلـى التعـاقد بإعتبـاره سـببا للعقـد ، بسـبب الإلـتزام (البدائـع جـزء ٥ ص ٢٨٥) . وسنعود إلى هذه النقطة عند الكلام فى المادة التالية .

(مادة ١٢٥)

يجب أن يكـون سـبب الإلـتزام موجـودا ، وجـائزا شـرعا ، وإلا كـان العقد بـاطلا .

هذه المادة تطابق فى حكمها المادة ١٢٢ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : " إذا لم يكن للإلتزام سبب ، أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلا " .

وتطابق فى حكمها المادة ١/١٣٢ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى : " يكون العقد باطلا إذا إلتزم المتعاقد دون سبب ، أو لسبب ممنوع قانونا أو مخالف للنظام العام أو الآداب " .

وتطابق فى حكمها المادة ١٦٥ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى :

" ١- السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد .

٢- ويجب أن يكون موجودا وصحيحا ومباحا غير مخالف للنظام أو الآداب " .

ويلاحظ هنا أنه طبقا لنص التقنين الحالى ونص التقنين العراقى وكذلك النص المقترح ، فأنه يشترط فى سبب الإلتزام شرطان هما الوجود والمشروعية . وبينما يزيد التقنين الأردنى على هذين الشرطين شرطا ثالثا ، هو أن يكون السبب صحيحا . والحقيقة أن هذا الشرط الثالث يندرج تحت الشرطين الآخرين . فالسبب يكون غير صحيح فى حالتين : الأولى هى حالة الغلط فى السبب ، وفيها يتوهم العاقد سببا لا وجود له ، وبذلك تدخل هذه الحالة تحت شرط الوجود . والثانية هى

حالة السبب الصورى . فإذا كانت الصورية مطلقة كان السبب غير موجود ، وبذلك تدخل هذه الحالة أيضا تحت شرط الوجود . وإذا كانت الصورية نسبية بطل الإلتزام إذا كان السبب المستتر غير مشروع ، وصح الإلتزام إذا كان هذا السبب مشروعا ، ومن ثم تدخل هذه الحالة تحت شرط المشروعية .

ومن هنا يتضح أن عدم صحة السبب يرجع إما إلى عدم وجوده ، أو إلى عدم مشروعيته . فيكون شرطا الوجود والمشروعية هما فى الحقيقة الشرطان الوحيدان المطلوبان فى سبب الإلتزام . ولهذا أغفل التقنين الحالى والتقنين العراقى وكذلك النص المقترح شرط الصحة فى السبب .

والفقه الإسلامى ، إلى جانب إهتمامه الكبير بالباعث الدافع إلى التعاقد كما رأينا ، فإنه يعتد بسبب الإلتزام . من ذلك ما جاء فى البدائع (جزء ٥ ص ٢٨٥) : " كل المبيع يعتبر مقابلا بكل الثمن ، وكل الثمن مقابل بكل المبيع . فالزيادة لو صحت مبيعا وثمنا لخلت عما يقابله ، فكانت فضل مال خال عن العوض فى عقد المعاوضة ، وهذا تفسير الربا" . وكذلك يبطل العقد إذا كان هناك غلط فى السبب (صبحى محمصانى ، النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية ص ٩٨ ، ٩٩) . ومن ذلك أيضا ما جاء فى الفروق (جـ ٣ ص ٢٣٨) : والمقصود من البيع ونحوه إنما هو إنتفاع كل واحد من المتعاوضين بما يصير إليه ، فإذا كان عديم المنفعة أو محرما لم

يحصل مقصوده فيبطل عقد المعاوضة عليه (صبحى محمصانى) ، النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية ص ٩٢) (أنظر فى هذا : عبدالرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الإسلامى جـ ٤ ص ٥٥ فى الهامش) .

(مادة ١٢٦)

يكون العقد صحيحا إذا توافرت أركانه أصلا ووصفا ، وهى الرضاء ممن هو أهل له والمحل والسبب بشروطهما الجوهرية والشكلية حين يفرضها القانون للإنعقاد .

هذه المادة مستحدثة .

وهى تطابق فى حكمها المادة ١٣٣ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

" ١- العقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتا ووصفا بأن يكون صادرا من أهله مضافا إلى محل قابل لحكمه وله سبب مشروع وأوصافه صحيحة سالمة من الخلل .

٢- وإذا لم يكن العقد الصحيح موقوفا أفاد الحكم فى الحال " .

وتطابق فى حكمها المادة ١٦٧ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى : " العقد الصحيح هو العقد المشروع بأصله ووصفه بأن يكون صادرا من أهله مضافا إلى محل قابل لحكمه وله غرض قائم وصحيح ومشروع وأوصافه صحيحة ولم يقترن به شرط مفسد له " .

وقد نصت المادة ١٠٨ من المجلة على أن " البيع الصحيح هو البيع الجائز وهو البيع المشروع ذاتا ووصفا " .

ونصت المادة ٣١١ من مرشد الحيران على أن " العقد الصحيح الذى يظهر أثره بإنعقاده هو العقد المشروع ذاتا ووصفا " .

والمراد بمشروعية ذاته ووصفه أن يكون ركنا صادرا من أهله مضافا إلى محل قابل لحكمه وأن تكون أوصافه صحيحة سالمة من الخلل وألا يكون مقرونا بشرط من الشروط المفسدة للعقد .

(مادة ١٢٧)

يكون العقد موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر من ناقص الأهلية فى ماله وكان تصرفا دائرا بين النفع والضرر ، أو إذا شاب الإرادة فيه غلط أو تدليس أو إكراه أو إستغلال ، أو إذا كان تصرفا فى ملك الغير بدون إذنه، أو إذا ورد فى القانون نص خاص على ذلك

يقابل هذا النص ما جاء فى صدر الفقرة الأولى من المادة ١٣٤ من التقنين العراقى التى تقول : " إذا إنعقد العقد موقوفا لحجر أو إكراه أوغلط أو تغرير جاز للعاقد أن ينقض العقد .. كما أن له أن يجيزه ..)

وما جاء فى الفقرة الأولى من المادة ١٣٥ من هذا التقنين التى تقول : " من تصرف فى ملك غيره بدون إذنه انعقد تصرفه موقوفا على إجازة المالك " .

وتقابله المادة١٧١ من التقنين الكويتي التي تقول : " العقد موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر من فضولي في مال غيره أو من مالك في مال تعلق به حق الغير أو من ناقص الأهلية في ماله وكان تصرفا دائرا بين النفع والضرر أو من مكره أو إذا نص القانون على ذلك " .

وتقابله المادة ١٧٩ من التقنين الكويتي التي تقول : " العقد القابل للأبطال ينتج أثاره ، ما لم يقض بإبطاله ، وإذا قضى بإبطاله اعتبر كأن لم يكن " .

وقد أخذ في النص المقترح بالأحكام الآتية :

أولا : إنه اعتمد فكرة العقد الموقوف التي يأخذ بها الفقه الإسلامي بدلا من فكرة العقد القابل للإبطال التي يأخذ بها التقنين الحالي وغيره من التقنينات العربية فيما عدا التقنين العراقي والتقنين الأردني .

ويختلف العقد الموقوف عن العقد القابل للإبطال في أن هذا الأخير ينشأ صحيحا منتجا لأثاره إلى أن يطلب إبطاله فيبطل أو تلحقه الإجازة فيظل صحيحا بصورة نهائية ، بينما ينشا العقد الموقوف صحيحا ولكنه لا ينتج آثاره فتظل هذه الإثار موقوفة إلى أن ينقض العقد فيبطل أو تلحقه الإجازة فينفذ .

ومن ثم فإن فكرة العقد الموقوف تفضل فكرة العقد القابل للإبطال فى أن العقد الذى يشوبه نقص فى الأهلية أو عيب فى الإرادة أو إنعدام الولاية على المحل يحسن أن يقف حتى تلحقه الإجازة ، فهذا أولى من أن ينفذ حتى يطلب إبطاله ، وذلك لملافاة التعقيدات التى تنشأ عند إبطال العقد بعد نفاذه .

ثانيا : أنه وحد الحكم فى الحالات التى يشوب العقد فيها نقص فى الأهلية أو عيب فى الإرادة أو إنعدام الولاية على محل أى التصرف فى ملك الغير بدون إذنه .

ويلاحظ أنه فى الفقه الإسلامى يكون العقد موقوف النفاذ إذا كان هناك نقص فى الأهلية ، أو كان هناك إكراه ، أو إذا تعلق حق الغير بالمحل . وهذا السبب الأخير يندرج تحته حالات أهمها تصرف الفضولى ، وهو من يتصرف فى ملك غيره بدون إذنه ، وتصرف مالك العين المرهونة أو المؤجرة ، والبيع الصادر من المريض فى مرض الموت لوارثه (أنظر فى هذا الخصوص : عبدالرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الإسلامى جـ٤ ص١٩٢ ومابعدها)

ولكن حكم النص المقترح يجعل هذا السبب الأخير قاصرا على التصرف فى ملك الغير بدون إذنه . غير أنه من ناحية أخرى يتوسع فى نطاق العقد الموقوف فيجعله شاملا لعيوب الإرادة جميعها . وبذلك أصبحت الأسباب التى تجعل العقد موقوف النفاذ فى النص المقترح هى

نقص الأهلية وعيوب الإرادة والتصرف فى ملك الغير بدون إذنه ، وهذا هو النهج الذى سار عليه التقنين المدنى العراقى فى المادتين ١٣٤ ، ١٣٥ المشار إليهما . أما التقنين المدنى الأردنى فقد أخذ فى المادة ١٧١ التى تقدم ذكرها بما قرره الفقه الإسلامى .

ومعروف أن الفقه الإسلامى يجعل العقد موقوفا فى حالة الإكراه (م ١٠٠٦ من المجلة ، م ٢٩٧ من مرشد الحيران) ، بينما يعطى العاقد خيار الفسخ فى حالتى الغلط (م ٣١٠ ، ٣١١ من المجلة ، م ٣٠١ من مرشد الحيران) والتدليس (م ٣٥٧ من المجلة ، م ٥٣٢ من مرشد الحيران) . وهذا ما أخذ به التقنين الأردنى . ولكن رؤى أن من الأفضل توحيد الحكم بالنسبة إلى عيوب الإرادة جميعها على غرار ما فعل التقنين العراقى .

ويختلف العقد الموقوف عن العقد الذى يثبت فيه خيار الفسخ . فالعقد الموقوف ينشأ صحيحا ، ولكنه يكون غير نافذ . أما العقد الذى يثبت فيه للعاقد خيار الفسخ فينشأ صحيحا نافذا ، ولكنه يكون غير لازم ، فيكون للعاقد الخيار بين إمضاء العقد وفسخه .

كذلك رؤى عدم جعل تصرف المالك فى العين المرهونة أو المؤجرة موقوفا على إجازة الدائن المرتهن أو المستأجر . حيث أنه من القواعد المستقرة الآن والتى تقتضيها المصلحة فى التعامل أن الرهن أو الإيجار لا يقيد حق المالك فى التصرف فى ملكه . ولهذا

رؤى من الأفضل الأخذ بالحل الذى إعتمده التقنين العراقى ، إذ أنه يستجيب لحاجة التعامل ، على خلاف ما أخذ به التقنين الأردنى .

أما التصرف الصادر من المريض فى مرض الموت فحكمه فى مكان آخر .

ثالثا : أنه جعل التصرف فى ملك الغير بدون إذنه موقوفا على الإجازة وهذا الحكم يفضل إلى حد كبير حكم بيع ملك الغير فى التقنين الحالى وغيره من التقنينات العربية فيما عدا التقنين العراقى والتقنين الأردنى . فبيع ملك الغير فى التقنين الحالى وغيره من التقنينات التى أخذت بالتصوير اللاتينى حكمه مضطرب ولا يتفق مع القواعد العامة . فهو نافذ فى حق البائع ، وقابل للإبطال بالنسبة إلى المشترى بمقتضى نص خاص ، وغير نافذ فى حق المالك ، وللمالك أن يقره فيصبح بهذا الإقرار نافذا فى حقه وصحيحا فى حق المشترى .

بينما فى ضوء فكرة العقد الموقوف يكون حكم هذا البيع واحدا بالنسبة إلى كل من البائع والمشترى والمالك ، فهو موقوف فى حقهم جميعا ، ولا تأتى إجازته إلا من جانب المالك ، فإذا صدرت هذه الإجازة أصبح العقد نافذا فى حق الجميع (عبدالرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الإسلامى جـ ٤ ص ٣٠٥ ـ ٣٠٧) .

(مادة ١٢٨)

١- إذا كان العقد موقوفا لنقص فى الأهلية ، كانت إجازته

للقاصر بعد بلوغه الرشد أو لوليه أو للمحكمة بحسب الأحوال وفقا للقانون .

٢- وإذا كان موقوفا لغلط أو تدليس أو إكراه أو إستغلال ، كانت إجازته للمتعاقد الذى شاب إرادته أحد هذه العيوب بعد انكشاف العيب أو زواله .

٣- وإذا كان موقوفا لكونه تصرفا فى ملك الغير بدون إذنه كانت إجازته للمالك . فإذا إجازه المالك إعتبرت الإجازة توكيلا .

٤- ومن شرع توقف العقد لمصلحته هو الذى يثبت له الحق فى إجازته أو إبطاله .

هذه المادة تقابلها المادتان ١٣٤ ، ١٣٥ من التقنين العراقى ، فالمادة ١٣٤ من هذا التقنين تنص على ما يأتى :

" ١- إذا إنعقد العقد موقوفا لحجر أو إكراه أو غلط أو تغرير جاز للعاقد أن ينقض العقد بعد زوال الحجر أو إرتفاع الأكراه أو تبين الغلط أو إنكشاف التغرير كما أن له أن يجيزه فإذا نقضه كان له أن ينقض تصرفات من إنتقلت إليه العين أو يستردها حيث وجدها وإن تداولتها الأيدى ، فإن هلكت العين فى يد من إنتقلت إليه ضمن قيمتها .

٢- وللعاقد المكره أو المغرور الخيار إن شاء ضمن العاقد الآخر ، وإن شاء ضمن المجبر والغار ، فإن ضمن المجبر والغار فلهما الرجوع بما ضمناه على العاقد الآخر . ولا ضمان على العاقد للمكره أو المغرور أن قبض البدل مكرها أو مغرورا وهلك في يده بلا تعد منه " .

والمادة ١٣٥ من هذا التقنين تنص على ما يأتى :

" ١- من تصرف فى ملك غيره بدون إذنه إنعقد تصرفه موقوفا على إجازة المالك .

٢- فإذا أجاز المالك تعتبر الإجازة توكيلا ويطالب الفضولى بالبدل إن كان قد قبضه من العاقد الآخر .

٣- وإذا لم يجز المالك تصرف الفضولى بطل التصرف . وإذا كان العاقد الآخر قد أدى للفضولى البدل فله الرجوع عليه به . فإن هلك البدل فى يد الفضولى بدون تعد منه وكان العاقد الآخر قد أداه عالما أنه فضولى فلا رجوع له عليه بشىء منه .

٤- وإذا سلم الفضولى العين المعقود عليها لمن تعاقد معه فهلكت فى يده بدون تعد منه فللمالك أن يضمن قيمتها أيهما شاء . فإذا أختار تضمين أحدهما سقط حقه فى تضمين الآخر " .

وتقابلها المادة١٧٢ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى:

" تكون إجازة العقد للمالك أو لمن تعلق له حق فى المعقود عليه أو للولى أو للوصى أو ناقص الأهلية بعد إكتمال أهليته أو للمكره بعد زوال الإكراه أو لمن يخوله القانون ذلك " .

وما جاء فى المادة المقترحة يعتبر تكملة طبيعية للحكم الوارد فى المادة السابقة . ففى المادة السابقة نص على الحالات التى يكون العقد فيها موقوفا . وفى المادة المقترحة بيان لمن لهم الحق فى إجازة العقد فى هذه الحالات فهؤلاء هم الذين شرع توقف العقد لمصلحتهم ، فهم الذين يملكون إجازته أو إبطاله .

(مادة ١٢٩)

١- يزول الحق فى إبطال العقد الموقوف بالإجازة الصريحة أو الضمنية .

٢- وتستند الإجازة إلى الوقت الذى تم فيه العقد ، دون إخلال بحقوق الغير .

٣- وإذا سكت من شرع توقف العقد لمصلحته عن إعلان موقفه خلال مهلة أعطيت له من الطرف الآخر لا تقل عن ثلاثة أشهر ، اعتبر سكوته إجازة .

هذه المادة تقابلها المادة ١٣٩ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

" ١- يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية .

٢- وتستند الإجازة إلى التاريخ الذى تم فيه العقد ، دون إخلال بحقوق الغير .

وقد كانت العبارة الأخيرة فى الفقرة الثانية من هذه المادة فى التقنين الحالى ، وهى التى تقول " دون إخلال بحقوق الغير" محل نقد ، لأن الغرض المقصود فى النص أن الأثر الرجعى للإجازة لا يسرى إلا بين المتعاقدين ، فلا يؤخذ بالنسبة إلى الغير الذى كسب حقا عينيا على الشىء الذى ورد عليه العقد . والمثل الذى ذكر فى هذا الخصوص هو أنه لو باع القاصر العين وبعد بلوغه سن الرشد باعها مرة ثانية أو رهنها لآخر ثم أجاز العقد الأول ، فإن الإجازة لا تؤثر على حق المشترى الثانى أو الدائن المرتهن إذ تخلص العين لهذا المشترى أو تبقى مثقلة بحق الرهن رغم الأجازة . وهذا القول غير صحيح فى ظل فكرة العقد القابل للإبطال التى يأخذ بها التقنين الحالى . ذلك أن العقد القابل للإبطال يكون قبل الإجازة منتجا لكل أثاره ، فإذا صدرت الإجازة كان كل ما يترتب عليها هو أن تزول قابلية العقد للإبطال .. فالإجازة لا تجعل العقد ينتج أثرا لم يكن ينتجه من قبل ، ولهذا يتصور أن يكون لها أثر رجعى يضر بحقوق الغير . فالمشترى من قاصر مميز يصبح مالكا للعين المبيعة إلى أن يطلب إبطال العقد ، فإذا باع

القاصر العين بعد بلوغ الرشد أو رهنها كان تصرفه فى شىء لايملكه، فإذا أجاز بعد ذلك البيع الذى أبرمه وهو قاصر فإن الملكية تستقر للمشترى الأول خالصة من الرهن . ولا يصح أن يعترض بأن التصرف الثانى يعتبر نزولا عن الحق فى إجازة التصرف الأول ، لأن الإبطال لا يتقرر إلا بالإتفاق مع الطرف الآخر فى العقد القابل للإبطال أو بحكم القاضى ، أما قبل ذلك فإن العقد يظل منتجا لكل آثاره .

أما فى ظل فكرة العقد الموقوف التى يؤخذ بها فى النصوص المقترحة ، فإن الوضع يختلف . فقد رأينا أن العقد الموقوف ، على خلاف العقد القابل للإبطال ، ينشأ صحيحا ولكنه لا ينتج آثاره فتظل هذه الآثار موقوفة إلى أن ينقض العقد فيبطل أو تلحقه الإجازة فينفذ . ومن ثم يكون هناك محل للقول أن إستناد الإجازة إلى الوقت الذى تم فيه العقد إنما يكون دون إخلال بحقوق الغير . فالمشترى من قاصر مميز يكون عقده موقوفا ، فلا يصبح مالكا للعين التى إشتراها ما دام أن العقد لم تلحقه الإجازة ، فإذا باع القاصر العين بعد بلوغه الرشد أو رهنها كان تصرفه فى شىء يملكه ، فإذا أجاز بعد ذلك البيع الذى أبرمه وهو قاصر ، فإن الأثر الرجعى للإجازة يضر بحق المشترى الثانى أو الدائن المرتهن لأنه يؤدى إلى زوال هذا الحق . ولملافاة هذا الأضرار بحق الغير ، وجب النص على أن الأثر الرجعى للإجازة لا يصح أن يخل بحقوق الغير . فهذا الأثر الرجعى للإجازة إنما يكون فيما بين المتعاقدين ، وليس بالنسبة إلى الغير .

والإجازة هي النزول عن الحق في إبطال العقد الموقوف . فهي تصرف قانوني من جانب واحد . ومن ثم يصح أن تكون صريحة أو ضمنية . ويجب أن تتوفر فيها الشروط اللازمة لصحة التصرف القانوني .

ويشترط الفقه الإسلامي لصحة الإجازة قيام كل عناصر التصرف وهي العاقدان والمحل والمجيز ، وقت صدور التصرف ووقت صدور الإجازة . ذلك أن الإجازة في الفقه لها حكم الإستناد والإنشاء ، ومن ثم يجب توافر الشرط وقت صدور التصرف لأنه الوقت الذي تستند إليه الإجازة ، كما يجب توافره وقت صدور الإجازة لأنه الوقت الذي وجدت فيه .

ولكن الشارع العراقي قدر أن الأولى أن يجعل للإجازة حكم الإستناد دون حكم الإنشاء ، فقد تدعو الحاجة إلى إجازة العقد بعد موت أحد الأطراف الثلاثة أو بعد هلاك المحل .

ولهذا أكتفى باشتراط قيام عناصر التصرف وقت صدوره دون وقت صدور الإجازة . حيث اشترط لصحة الإجازة وجود من يملكها وقت صدور العقد الموقوف . فقد نصت المادة ١/١٣٦ من التقنين العراقي على أن " إجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة وتستند إلى الوقت الذي تم فيه العقد . ويشترط في صحتها وجود من يملكها

وقت صدور العقد ولايشترط قيام العاقدين أو المالك الأصلى أو المعقود عليه وقت الإجازة " .

وقد أراد الشارع العراقى بهذا أن يتجاوز الحدود التى وقف عندها الفقه الإسلامى فيما يتعلق بشروط الإجازة دون مبرر .
(أنظر فى هذه المسألة : عبدالرزاق السنهورى ، مصادر الحق. فى الفقه الإسلامى جـ ٤ ص ١٩٨ ، ٢٠٩ ، ٢٢٠ ، ٣٠٨ ، ٣١٦) .

أما الشارع الأردنى فجعل للإجازة حكم الإستناد والإنشاء على غرار الفقه الإسلامى فنصت المادة ١٧٤ من التقنين الأردنى على أنه " يشترط لصحة الإجازة قبول التصرف للإجازة وقت صدوره ووقت الإجازة ووجود من له الإجازة وطرفى العقد والمتصرف فيه وبدله أن كان عينا وقت الإجازة " .

وقد رؤى ترك الأمرفيما يتعلق بشروط الإجازة للقواعد العامة .

وفى الفقرة الأولى من المادة المقترحة نص على زوال الحق فى إبطال العقد الموقوف بالإجازة ، سواء كانت صريحة أو ضمنية ، حيث تعتبر الإجازة نزولا عن هذا الحق .

وفى الفقرة الثانية نص على ما للإجازة من حكم الإستناد ، مع تقييد ذلك بعدم الإخلال بحقوق الغير .

وفى الفقرة الثالثة أعطيت الفرصة للعاقد الذى يضره توقف العقد لحسم الموقف دون إبطاء حيث يستطيع أن يحدد لمن شرع التوقف لمصلحته مدة معقولة لا تقل عن ثلاثة أشهر يعلن فيها عن رغبته فى الإجازة أو الرفض ، فإن سكت عن الرد طوال هذه المدة اعتبر سكوته إجازة للعقد .

وفى مذهب الإمام مالك أنه إذا حصل التصرف فى ملك الغير بدون إذنه ، وسكت المالك عاما من وقت علمه بالتصرف ، اعتبر سكوته إجازة . (عبدالرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الإسلامى جـ ٤ ص ٣٠٧) .

وتقابل المادة المقترحة الفقرة الأولى من المادة ١٣٦ من التقنين العراقى التى تقدم ذكرها .

ويقابلها فى التقنين الأردنى المواد ١٧٣ ، ١٧٤ ، ١٧٥ .

فالمادة ١٧٣ من هذا التقنين تنص على ما يأتى :

" ١- تكون الإجازة بالفعل أو بالقول أو بأى لفظ يدل عليها صراحة أو دلالة .

٢- ويعتبر السكوت إجازة أن دل على الرضا عرفا " .

والمادة ١٧٤ من هذا التقنين تقدم ذكرها .

والمادة ١٧٥ من هذا التقنين تنص على ما يأتى :
" ١- إذا أجيز التصرف الموقوف نفذ مستندا إلى وقت صدوره واعتبرت الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة .

٢- وإذا رفضت الإجازة بطل التصرف " .

ويقابلها فى التقنين الكويتى المواد من ١٧٩ إلى ١٨٢ .
وهى تأخذ بفكرة العقد القابل للإبطال .

(مادة ١٣٠)

١- يسقط الحق فى إبطال العقد الموقوف إذا لم يتمسك به من شرع التوقف لمصلحته خلال ثلاث سنوات .

٢- ويبدأ سريان هذه المدة إذا كان سبب التوقف نقص الأهلية من اليوم الذى يزول فيه هذا السبب . وإذا كان سبب التوقف الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الإستغلال ، فمن اليوم الذى يعلم فيه المالك بصدور العقد . وإذا كان التوقف لسبب آخر ينص عليه القانون ، فمن اليوم الذى يعلم فيه من شرع التوقف لمصلحته بصدور العقد .

٣- وفى كل حال لا يجوز التمسك بالحق فى الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه أو إستغلال إذا إنقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد .

هذه المادة تقابل المادة ١٤٠ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

" ١- يسقط الحق فى إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات .

٢- ويبدأ سريان هذه المدة ، فى حالة نقص الأهلية ، من اليوم الذى يزول فيه هذا السبب ، وفى حالة الغلط أوالتدليس ، من اليوم الذى ينكشف فيه ، وفى حالة الإكراه من يوم انقطاعه ، وفى كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا إنقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد " .

وتبقى المادة المقترحة على مدة التقادم المنصوص عليها فى التقنين الحالى مع تعميم الحكم على جميع الحالات التى يتوقف فيها العقد .

وتقابلها المادة ١٣٦ فقرة ثانية وثالثة من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

" ٢- ويجب أن يستعمل خيار الإجازة أو النقض خلال ثلاثة أشهر . فإذا لم يصدر فى هذه المدة ما يدل على الرغبة فى نقض العقد اعتبر العقد نافذا .

٣- ويبدأ سريان المدة إذا كان سبب التوقف نقص الأهلية من

الوقت الذى يزول فيه هذا السبب أو من الوقت الذى يعلم فيه الولى بصدور العقد . وإذا كان سبب التوقف الإكراه أو الغلط أو التغرير فمن الوقت الذى يرتفع فيه الإكراه أو يتبين فيه الغلط أو ينكشف فيه التغرير . وإذا كان سبب التوقف إنعدام الولاية على المعقود عليه فمن اليوم الذى يعلم فيه المالك بصدور العقد " .

وتقابلها المادة ١٨٣ من التقنين الكويتى ، وهى تأخذ بمدة التقادم المنصوص عليها فى التقنين الحالى .

ولم يحدد الفقه الإسلامى مدة معينة لإجازة العقد أو نقضه . ولذلك جاء التقنين الأردنى خلوا من مدة للتقادم فى هذا الخصوص .

(المادة ١٣١)

يكون العقد باطلا إذا إختل فيه ركن بأصله أو بوصفه ، وذلك إذا صدر من شخص فاقد الأهلية ، أو إذا إنعدم فيه الرضاء أو المحل أو السبب ، أو إذا لم تتوافر فى المحل أو فى السبب شروطه الجوهرية ، أو إذا لم يتوافر فيه شكل يفرضه القانون لإنعقاده ، أو إذا ورد فى القانون نص خاص على ذلك .

هذه المادة مستحدثة .

وهى تقابل المادة ١٩٣ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

" يكون العقد باطلا فى الحالات الآتية :

(أ) إذا أبرمه شخص لا أهلية له إطلاقا .

(ب) إذا إنعدم فيه الرضاء أو المحل أو السبب ، وإذا لم تتوافر فى المحل أو فى السبب شروطه الجوهرية .

(جـ) إذا إشترط القانون فى العقد شكلا يكون باطلا بدونه ولم يستوف العقد هذا الشكل ، أو إذا أغفل المتعاقدان إجراء شكليا يعتبره القانون ركنا فى تكوين العقد .

(د) إذا ورد فى القانون نص خاص على البطلان " .

وتقابلها المادة١٣٧ من التقنين العراقى التىتنص على مايأتى" :

١- العقد الباطل هو مالا يصح بإعتبار ذاته أو وصفه بإعتبار بعض أوصافه الخارجة .

٢- فيكون العقد باطلا إذا كان فى ركنه خلل كأن يكون الإيجاب والقبول صادرين ممن ليس أهلا للتعاقد أو يكون المحل غير قابل لحكم العقد أو يكون السبب غير مشروع .

٣- ويكون باطلا أيضا إذا اختلت بعض أوصافه كأن يكون المعقود عليه مجهولا جهالة فاحشة أو يكون العقد غير مستوف للشكل الذى فرضه القانون " .

وتقابلها المادة ١/١٦٨ من التقنين الاردنى التى تنص على ما يأتى :

" العقد الباطل ما ليس مشروعا بأصله ووصفه بأن اختل ركنه أو محله أو الغرض منه أو الشكل الذى فرضه القانون لإنعقاده ولا يترتب عليه أى أثر ولا ترد عليه الإجازة " .

والعقد الباطل فى الفقه الإسلامى هو العقد الباطل فى القانون الوضعى . وقد نصت المادة ٣١٣ من مرشد الحيران على ما يأتى :

" العقد الباطل هو ما ليس مشروعا لا أصلا ولا وصفا ، أى ما كان فى ركنه أو فى محله خلل بأن كان الإيجاب والقبول صادرين ممن ليس أهلا للعقد أو كان المحل غير قابل لحكم العقد .

وهو لا ينعقد أصلا ولا يفيد الملك فى الأعيان المالية ولو بالقبض " .

(مادة ١٣٢)

١- العقد الباطل لا ينعقد ، فلا يترتب عليه أى أثر ، ولا ترد عليه الإجازة .

٢- ولكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها .

٣- ولا تسمع دعوى البطلان بعد مضى خمس عشرة سنة من وقت العقد .

هذه المادة تقابل المادة ١٤١ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

" ١- إذا كان العقد باطلا جاز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، ولا يزول البطلان بالإجازة .

٢- وتسقط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد " .

وتطابقها فى الحكم المادة ١٦٨ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى :

" ١- العقد الباطل ما ليس مشروعا بأصله ووصفه بأن اختل ركنه او محله أو الغرض منه أو الشكل الذى فرضه القانون لإنعقاده ولا يترتب عليه أى أثر ولا ترد عليه الإجازة .

٢- ولكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها .

٣- ولا تسمع دعوى البطلان بعد مضى خمس عشرة سنة من وقت العقد " .

(أنظر المادة ٢١٣ من مرشد الحيران التى تقدم ذكرها) .

وتقابل المواد من ١٨٤ إلى ١٨٦ من التقنين الكويتى فالمادة ١٨٤ من هذا التقنين تنص على أن : " العقد الباطل لا ينتج أى أثر ، ويجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك ببطلانه ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها " .

والمادة ١٨٥ من هذا التقنين تنص على أن " العقد الباطل لا يتصحح بالإجازة " .

والمادة ١٨٦ من هذا التقنين تنص على ما يأتى :

" ١- العقد الباطل لا يصحح بمرور الزمان .

٢- إلا أن دعوى البطلان تسقط بمرور خمس عشرة سنة من تاريخ العقد " .

وتطابق الفقرتين الأولى والثانية منها فى الحكم المادة ١٤١ من التقنين العراقى التى تنص على أنه " إذا كان العقد باطلا جاز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، ولا يزول البطلان بالإجازة " .

(أنظر المادة ٣١٣ من مرشد الحيران التى تقدم ذكرها) .

(مادة ١٣٣)

١- إذا كان العقد باطلا ، أو كان موقوفا وأبطل ، يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد . فإذا كان هذا مستحيلا حكم القاضى بتعويض معادل .

٢- ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية ، إذا أبطل لنقص أهليته ، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد .

هذه المادة تقابل المادة ١٤٢ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

" ١- فى حالتى إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد . فإذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل .

٢- ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية ، إذا أبطل العقد لنقص أهليته أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد " .

وتقابل المادة ١٣٨ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى:

" ١- العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلا .

٢- فإذا بطل العقد يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فإذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل .

٣- ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية إذا بطل العقد لنقص أهليته أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد " .

وتقابلها المادتان ١٨٧ ، ١٨٨ من التقنين الكويتى .

(المادة ١٣٤)

إذا كان العقد فى شق منه باطلا أو موقوفا ، فهذا الشق وحده هو الذى يبطل أو يقف ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا أو موقوفا فيبطل العقد كله .

هذه المادة تقابل المادة ١٤٣ من التقنين الحالى التى تنص على أنه " إذا كان العقد فى شق منه باطلا أو قابلا للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذى يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله " .

وتقابلها المادة ١٣٩ من التقنين العراقى التى تنص على أنه " إذا كان العقد فى شق منه باطلا فهذا الشق وحده هو الذى يبطل . اما الباقى من العقد فيظل صحيحا باعتباره عقدا مستقلا إلا إذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا " .

وتقابل المادة ١٩٠ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى :

" ١- إذا لحق البطلان أو الإبطال شقا من العقد ، إقتصر عليه وحده دون باقى العقد .

٢- على أنه إذا أثبت أحد المتعاقدين أنه ما كان يبرم العقد بغير الشق الباطل أو المبطل ، بطل العقد كله " .

وتقابل المادة١٦٩ من التقنين الاردنى التى تنص على ما يأتى :

" ١- إذا كان العقد فى شق منه باطلا بطل العقد كله إلا إذا كانت حصة كل شق معينة فإنه يبطل فى الشق الباطل ويبقى صحيحا فى الباقى .

٢- وإذا كان العقد فى شق موقوفا ، توقف فى الموقوف على الإجازة .

فإن أجيز نفد العقد كله ، وإن لم يجز بطل فى هذا الشق فقط بحصته من العوض وبقى فى النافذ بحصته " .

والمادة المقترحة تتناول نظرية إنتقاص العقد . وهى نظرية يعرفها الفقه الإسلامى (أنظر القوانين الفقهية ص٢٦٠ ـ الزيلعى جـ٤ ص٦٠ ،٦١- المبسوط جـ ١٣ ص٣ - ٥ - عبدالرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الإسلامى جـ ٤ ص ١٥١ ـ ١٥٧) .

(المادة ١٣٥)

إذا كان العقد باطلا أو موقوفا وتوافرت فيه أركان عقد آخر ، فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذى توافرت أركانه ، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد .

هذه المادة تقابل المادة ١٤٤ من التقنين الحالى التى تنص على أنه " إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر ، فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذى توافرت أركانه ، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد " .

وتقابلها المادة ١٤٠ من التقنين العراقى التى تنص على أنه " إذا كان العقد باطلا وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذى توافرت أركانه إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف إلى إبرام هذا العقد " .

وتقابلها المادة١٩١ من التقنين الكويتى التى تنص على مايأتى :

" ١- إذا بطل العقد أو أبطل ، وأمكن أن تستخلص منه الأركان اللازمة لعقد آخر غيره ، قام هذا العقد الآخر .

٢- ويعتبر الرضاء بالعقد الذى يصير التحول إليه متوافرا إذا تبين أن المتعاقدين كانا يريدانه لو علما ببطلان العقد الذى قصدا فى الأصل إبرامه " .

والمادة المقترحة تتناول نظرية تحول العقد ، وقد ورد فى الفقه الإسلامى بعض تطبيقات لهذه النظرية (أنظر الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١١١ ـ ١١٣ ، عبدالرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الإسلامى جـ ٤ ص ٢٩٦ ـ ٢٩٨) .

الفرع الثانى
آثار العقد

(١) تفسير العقد :

(المادة ١٣٦)

١- العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى لا للألفاظ والمبانى .

٢- والأصل فى الكلام الحقيقة ، فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلا إذا تعذر حمله على معناه الحقيقى .

هذه المادة مستحدثة . وهى تطابق المادة ٢١٤ من التقنين الأردنى . وتطابق فى حكمها المادة ١٥٥ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

" ١- العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى لا للألفاظ والمبانى .

٢- على أن الأصل فى الكلام الحقيقة . أما إذا تعذرت الحقيقة فيصار إلى المجاز " .

وتطابق فى فقرتها الأولى العبارة الأولى من المادة ٣ من المجلة والمادة ٣١٤ من مرشد الحيران .

وتطابق فى الحكم فى فقرتها الثانية المادة ١٢ من المجلة والعبارة الأولى من المادة ٩١ من المجلة .

وهذه المادة مستمدة من الفقه الإسلامى . وإذا كانت الفقرة الأولى منها تقضى بأن يعتد فى التفسير بالمقاصد والمعانى ، فإن هذا لا يعنى أن الفقه الإسلامى يعتد بالإرادة الباطنة فى هذا الخصوص ، إذ أن المقاصد والمعانى التى تراعى هى تلك التى تستخلص من العبارات والصيغ المستعملة ، ولهذا نصت الفقرةالثانية من هذه المادة على أن الأصل فى الكلام الحقيقة . كما سيأتى فى المادة التالية إنه لا عبرة بالدلالة فى مقابلة التصريح . هذا إلى ما تنص عليه المادة ٦٨ من المجلة من أن " دليل الشيء فى الأمور الباطنة يقوم مقامه ، يعنى أنه يحكم بالظاهر فيما يتعذر الإطلاع عليه " .
(أنظر الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٦) .

فالعبرة فى الفقه الإسلامى فى خصوص التفسير بالإرادة الظاهرة كما تستخلص من العبارات والصيغ التى إستعملها المتعاقدان (عبدالرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الإسلامى جـ ٦ ص ٢٨ وما بعدها) .

(المادة ١٣٧)

لا عبرة بالدلالة فى مقابلة التصريح .

هذه المادة مستحدثة ، وهى تطابق المادة ١٥٧من التقنين العراقى.

وتطابق المادة ٢١٥ من التقنين الأردنى .
وتطابق المادة ١٣ من المجلة .

وهى مستمدة من الفقه الإسلامى . وتؤيد ما ذكر فيما تقدم من أن المقاصد والمعانى التى تراعى فى التفسير هى تلك التى تستخلص من العبارات والصيغ المستعملة فى العقد .

(المادة ١٣٨)

اعمال الكلام أولى من إهماله ، لكن إذا تعذر أعمال الكلام يهمل .

هذه المادة مستحدثة .
وهى تطابق المادة ١٥٨ من التقنين العراقى .
وتطابق المادة ٢١٦ من التقنين الأردنى .

وتطابق فى حكمها المادة ٦٠ من المجلة التى تقول : " اعمال الكلام أولى من إهماله ، يعنى لايهمل الكلام ما أمكن حمله على معنى. مثاله لو وقف على أولاده وليس له إلا أولاد أولاده حمل عليهم صونا للفظ " . وكذلك المادة ٦٢ من المجلة التى تقول : " إذا تعذر اعمال

الكلام يهمل ، يعنى أنه إذا لم يمكن حمل الكلام على معنى حقيقى أو مجازى أهمل . ومثاله لو أقر لزوجته التى هى من نسب آخر معروف وأكبر منه سنا بأنها ابنته فلا يمكن حمل كلامه هذا على معنى حقيقى لأنها أكبر منه سنا ومن نسب معروف ولا على معنى مجازى أى معنى الوصية لكونها وارثة له ولا وصية لوارث فيهمل كلامه " .

وهى مستمدة من الفقه الإسلامى (أنظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ، ص ٦٨ ، ٦٩ ، ٧٦ ، ٧٧ . عبدالرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الامى جـ ٦ ص ٣٧) .

(المادة ١٣٩)

ذكر بعض مالا يتجزأ كذكر كله .

هذه المادة مستحدثة .

وهى تطابق المادة ١٥٩ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٢١٧ من التقنين الأردنى .

وتطابق المادة ٦٣ من المجلة .

ومثالها أن الشفيع لو ترك شفعته بنصف المشفوع فيه وطلب النصف الآخر ، سقط حقه فى الشفعة ، لأن حق الشفعة لا يتجزأ (م ١٠٤١ من المجلة) . اما ذكر بعض ما يتجزأ فليس كذكر كله ، فلو أبرأ دائن مدينه من نصف الدين برىء من هذا النصف فقط .

(عبدالرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الإسلامى جـ٦، ص ٣٨) .

وهى مستمدة من الفقه الإسلامى .

(المادة ١٤٠)

المطلق يجرى على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصا أو دلالة

هذه المادة مستحدثة .

وتطابق المادة ١٦٠ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٢١٨ من التقنين الأردنى .

وتطابق المادة ٦٤ من المجلة .

وهى مستمدة من الفقه الإسلامى .

(المادة ١٤١)

الوصف فى الحاضر لغو ، وفى الغائب معتبر .

هذه المادة مستحدثة .

وهى تطابق المادة ١٦١ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٢١٩ من التقنين الأردنى .

وتطابق المادة ٦٥ من المجلة التى تقول : " الوصف فى الحاضر لغو وفى الغائب معتبر ، مثلا لو أراد البائع بيع فرس أشهب حاضر فى المجلس وقال فى ايجابه بعت هذا الفرس الأدهم واشار اليه وقبل البائع صح البيع ولغا وصف الأدهم ، وأما لو باع فرسا غائبا وذكر انه أشهب والحال انه أدهم لا ينعقد البيع " .

وهى مستمدة من الفقه الاسلامى .

(مادة ١٤٢)

١ - اذا كانت عبارة العقد واضحة ، فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين .

٢ - أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ ، مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغى ان يتوافر من امانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجارى فى المعاملات .

هذه المادة تطابق المادة ١٥٠ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٢٩ من التقنين الأردنى .

وتطابق فى حكمها المادة ١٩٢ من التقنين الكويتى .

ويتفق حكمها مع القواعد الأساسية فى تفسير العقد فى الفقه الاسلامى . فالفقرة الأولى منها ليست الا اعمالا للقواعد التى تقدم

ذكرها والتى تقضى بأن الأصل فى الكلام الحقيقية ، فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز الا إذا تعذر حمله على معناه الحقيقى وبأنه لا عبرة بالدلالة فى مقابله التصريح ، وبأن دليل الشىء فى الأمور الباطنة يقوم مقامه حيث يحكم بالظاهر فيما يتعذر الاطلاع عليه (م ١٢ و ١٣ و ٦١ و٦٨ من المجلة) .

والفقرة الثانية منها ليست الا تفصيلا للقاعدة التى تقدم ذكرها والتى تقضى بأن العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى لا للألفاظ والمبانى (م ٣ من المجلة وم ٣١٤ من مرشد الحيران) مع بيان العوامل التى يستطيع القاضى ان يفسر على هديها م ٣٦ ـ ٣٨ و ٤٠ ـ ٤٨ من المجلة) .

(مادة ١٤٣)

١ - يفسر الشك فى مصلحة الطرف الذى يضار من الشرط .

٢ - ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن .

هذه المادة تقابل المادة ١٥١ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

" ١ - يفسر الشك فى مصلحة المدين .

٢ - ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضه فى عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن " .

وقد عدلت الفقرة الأولى من هذه المادة بمـا يفيد أن الشك يفسر فى مصلحة الطرف الذى يضار من الشرط المشكوك فى معناه .

فقد يكون هذا الطرف مدينا فـى الـتزام يفرضـه الشرط ، فيفسر الشك فى مصلحته مثل ذلك ان يتفق على شرط جزائى فـى العقد ، ويقوم شك فى معرفة ما إذا كان هذا الشرط يستحق فى حالة التأخر فى التنفيذ ام انه لا يستحق الا فى حالة عدم التنفيذ ، ففى هذه الحالـة يجب أن يفسر الشرط على انه لا يسـتحق الا عند عدم التنفيذ . ومثل ذلك ايضا ان تشترط عمولة عند تمام كل صفقة دون ان يذكر وقت الدفـع ، فيفسر هذا على ان يكون الدفع عند تنفيذ الصفقة لاعند عقدها .

وقد يكون هذا الطرف دائنا فى التزام يعدل فيه الشرط على نحـو يضر به ، فيفسر الشـك فـى مصلحتـه . مثل ذلك ان يتفق على عدم التزام البائع بتسليم المبيع كله فور العقد ، ويقوم شك فى معرفـة مـا إذا كان التسليم مؤجلا أم مقسطا ، ففى هذه الحالـة يجب أن يفسر الشرط علـى أن يكـون التسليم مقسطا ، ففـى هـذا التفسير روعيـت مصلحـة المشترى ، مع انه الدائن فى الالتزام بالتسليم ، لانـه هـو الـذى يضـار من الشرط .

والمادة المقترحة تتفق فـى حكمهـا مـع المـادة ١٩٤ مـن التقنيـن الكويتى . وتقابل المادة ٢٤٠ مـن التقنيـن الأردنـى التـى تطـابق المـادة ١٥١ من التقنين المصرى الحالى .

والفقرة الأولى منها تقابل المادة ١٦٦ من التقنين العراقى التى تطابق الفقرة الأولى من المادة ١٥١ من التقنين المصرى الحالى .

والفقرة الأولى من المادة المقترحة تتفق مع قواعد تفسير العقد فى الفقه الاسلامى . فثمة قواعد ثلاثة فى هذا الفقه تنهض بالمبدأ الوارد فى هذه الفقرة :

الأولى : ان اليقين لا يزول بالشك ، فإذا كان هناك شك فى مديونية المدين . فاليقين أنه برىء الذمة ، ولا يزال هذا اليقين بالشك .

والثانية : ان الأصل بقاء ما كان على ما كان . وبراءة الذمة تسبق المديونية ، فتبقى براءة الذمةقائمة على ما كانت ، ولا تزول الا بمديونية قامت على يقين .

والثالثة : أن الأصل براءة الذمة . فيفرض فيمن يدعى عليه بالدين أنه برىء الذمة . فإذا كان هناك شك فى مديونيته فسر فى مصلحته وقد اورد ابن نجيم هذه القواعد الثلاثة فى الأشباه والنظائر . ص ٢٨ و٢٩ (عبدالرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٦ ص ٤١ و ٤٢) .

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتقضى بأن يكون تفسير الشك فى عقد الاذعان فى مصلحة الطرف المذعن فى جميع الأحوال

أى سواء كان دائنا فى الإلتزام الذى سيتناوله شرط العقد أو مدينا فيه ، لأنه فى الحالين يكون مدينا فى الشرط الذى يجرى تفسيره ، بمعنى أنه يضار من هذا الشرط . حيث أن الطرف الآخر فى هذا العقد ، وهو محتكر قانونى او فعلى للسلعة أو المرفق الذى يبرم العقد فى شانه . يتوافر له من أسباب القوة ما يجعله يفرض شروط العقد ، فهو صانع هذه الشروط ، وعليه يقع وزر ما فيها من غموض كان فى وسعه ان يتحاشاه وبذلك يتفق حكم هذه الفقرة مع القواعد الشرعية .

(٢) اثر العقد بين المتعاقدين .

(مادة ١٤٤)

ينصرف اثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ، دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل او من نص القانون ان هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام.

هذه المادة تطابق المادة ١٤٥ من التقنين الحالى .
وتطابق الفقرة الأولى من المادة ١٤٢ من التقنين العراقى .
وتطابق المادة ٢٠٦ من التقنين الأردنى .
وتطابق فى حكمها المادة ٢٠١ من التقنين الكويتى .

واحكامها هى الاحكام ذاتها المقررة فى الشريعة الاسلامية ، وقد اكد الشارع هذا المعنى فى التقنين الحالى فيما يتعلق بانتقال اموال

التركة إلى الخلف العام الذى يشمل الوارث والموصى له بحصة فى التركة ، وذلك فى المادة ٨٧٥ التى تنص على أن :

" ١ - تعيين الورثه وتحديد انصبائهم فى الارث وانتقال اموال التركة اليهم تسرى فى شانها أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها .

٢ - وتتبع فى تصفية التركة الاحكام الآتية " .

وقد نصت المادة ١/٣٠٦ من مرشد الحيران على أنه " انما تجرى أحكام العقود فى حق العاقدين ولايلزم بها غيرهما " (انظرالبدائع جـ ٥ ص٣٥٨) . (انظر فى هذا عبدالرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٥ ص ٦٦وما بعدها) .

(مادة ١٤٥)

اذا انشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشىء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص ، فإن هذه الإلتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف فى الوقت الذى ينتقل فيه الشىء ، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشىء إليه .

هذه المادة تطابق المادة ١٤٦ من التقنين الحالى .

وتطابق الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٢٠٧ من التقنين الأردنى .

وتطابق فى حكمها المادة ٢٠٢ من التقنين الكويتى .

وأحكامها تتفق مع ما هو مقرر في الفقه الاسلامى فيمايتعلق بأنصراف اثر العقد إلى الخلف الخاص (عبدالرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٥ ص ١٢٠ ـ ١٢٣) .

(مادة ١٤٦)

العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين ، او للأسباب التى يقرها القانون .

هذه المادة تطابق الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ من التقنين الحالى . وتطابق فى حكمها المادة ١٦٦ من التقنين الكويتى التى تنص على أن " العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز لأحدهما ان يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه ، الا فى حدود ما يسمح به الاتفاق أو يقضى به القانون " .

وتتفق فى حكمها مع الفقرة الأولى من المادة ١٤٦ من التقنين العراقى التى تنص على أنه " إذا نفد العقد كان لازما ، ولايجوز لاحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقضى نص فى القانون او بالتراضى " .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٢٤١ من التقنين الاردنى التى تنص على انه " إذا كان العقد صحيحا لازما فلا يجوز لاحد العاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه ، الا بالتراضى أو التقاضى أو بمقضى نص فى القانون " .

وحكمها مبدأ أساسي في الشريعة الاسلامية . فيقول سبحانه وتعالى : " يا أيها الذين آمنو أوفوا بالعقود " . ويقول صلى الله عليه وسلم : " المسلمون عندشروطهم".

وقد نصت المادة ٣٠٦ من مرشد الحيران على ما يأتى :

" انما تجرى احكام العقود فى حق العاقدين ولا يلتزم بها غيرهما ولا يجوز فسخ العقود اللازمة الا بتراضيهما فى الاحوال التى يجوز فيها فسخها "

(مادة ١٤٧)

١ - يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية .

٢ - ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول ايضا ما هو من مستلزماته ، وفقا لما تقتضيه طبيعة الإلتزام وما يقرره القانون والعرف .

هذه المادة تقابل المادة ١٤٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

" ١ - يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية .

٢ - ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول ايضا ما هو من مستلزماته ، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام " .

وقد عدلت الفقرة الثانية من المادة الواردة فى التقنين الحالى ، فاستبدلت بعبارة " وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام " عبارة " وفقا لما تقضيه طبيعة الإلتزام وما يقرره القانون والعرف " . وذلك لأن طبيعة الإلتزام هى أول ما يسترشد به القاضى لا كمال نطاق العقد ، ولان العدالة يشملها حكم الفقرة الأولى التى تقضى بأن يكون تنفيذ العقد متفقا مع ما يوجبه حسن النية .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٥٠ من التقنين العراقى التى تطابق المادة ١٤٨ من التقنين الحالى .

وتطابق فى حكمها المادة ٢٠٢ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى :

" ١ - يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية .

٢ - ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول ايضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف وطبيعة التصرف " .

وتطابق فى حكمها المادة ١٩٥ من التقنين الكويتى .
وحكمها يتفق مع ما هو مقرر فى الفقه الاسلامى .

وقد جاء فى المجلة كثير من القواعد التى توجب مراعاة طبيعة الإلتزام فى تحديد نطاق العقد ، فيلحق بالعين ما هو تابع لها وما تستلزمه هذه الطبيعة من ملحقات ومن هذه القواعد :

١ - التابع تابع ، فإذا بيع حيوان فى بطنه جنين دخل الجنين فى البيع تبعا (م ٤٧ مجلة) . والتابع لا يفرد بالحكم . فالجنين الذى فى بطن الحيوان لا يباع منفردا عن امه (م ٤٨ مجلة) (الاشباه والنظائر لابن نجيم ص٦٠) .

٢ - من ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته . فإذا اشترى رجل دارا ملك الطريق الموصل إليه (م ٤٩ مجلة) .

٣ - إذا سقط الاصل سقط الفرع (م ٥٠ مجلة) . وإذا بطل الشىء بطل ما فى ضمنه (م ٥٢ مجلة) (الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ٦١) .

(انظر ايضا المواد من ٤٦٩ إلى ٤٨٠ من مرشد الحيران)

وجاء فى المجلة أيضا كثير من القواعد التى توجب الاخذ بالعرف والعادة فى تحديد نطاق العقد . ومن هذه القواعد :

١ - العادة محكمة (م ٣٦ مجلة) . واصلها قوله عليه الصلاة

والسلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسـن (الاشباه والنظـائر لأبن نجيم ص ٤٦ ـ ٤٧) .

٢ - استعمال الناس حجة يجب العمل بها (م ٣٧ مجلة) .

٣ - الممتنع عادة كالممتنع حقيقة (م ٣٨ مجلة) .

٤ - الحقيقة تترك بدلالة العادة (م ٤٠) .

٥ - انما تعتبر العادة إذا اطردت او غلبت (٤١ مجلة) .

٦ - العبرة للغالب الشائع لا للنادر (م ٤٢ مجلة) .

٧ - المعـروف عرفـا كالمشـروط شـرطا (م ٤٣ مجلـة) والمعـروف بيـن التجـار كالمشـروط بينهـم (م ٤٤ مجلـة) . والتعييـن بالعرف كالتعيين بالنص (م ٤٥ مجلة) .

وقد نص التقنين العراقى على فريق من هذه القواعد (م ١٦٣ - ١٦٥ مدنى عراقى) كما نص التقنين الأردنى على كثير من القواعد التى وردت فى المجلة ، سواء فيما يتعلـق بطبيعـة الإلـتزام او بـالعرف والعادة (م ٢٢٠ ـ ٢٣٣ مدنى أُردنى) .

(مادة ١٤٨)

اذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر ، فالعقد النـافذ فيمـا بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقى .

هذه المادة تطابق المادة ٢٤٥ من التقنين الحالى .

وقد أوردها التقنين الحالى هى والمادة التالية فى مقام الكلام عما يكفل حقوق الدائنين من وسائل التنفيذ ، وقلده فى ذلك التقنين الأردنى . ولكن رؤى ايرادهما هنا حيث الكلام فى أثر العقد ، حتى تكونا فى المكان المناسب لحكمهما . وهذه هى الخطة التى اتبعت فى التقنين العراقى والتقنين الكويتى .

وهى تطابق المادة ٣٦٩ من التقنين الاردنى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ١٤٨ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

" ١ – يكون العقد المستتر هو النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام ولا اثر للعقد الظاهر فيما بينهم .

" ٢ – واذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد الحقيقى هو الصحيح ما دام قد استوفى شرائط صحته " . وهذا النص مطابق لنص المادة ٣٢٥ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى التى عدلت صياغتها فى المشروع النهائى على النحو المذكور فى النص المقترح .

وتتفق فى حكمها مع المادة ١٩٩ من التقنين الكويتى التى تنص على انه " إذا ابرم عقد صورى ، كانت العبرة بالحقيقة ، فيما بين المتعاقدين والخلف العام لكل منهما ، ويسرى بينهم العقد المستتر ، إذا توافرت له أركانه ، دون العقد الظاهر " .

ويتفق حكمها مع المبادىء العامة فى الشريعة الاسلامية التى لا تعتد الا بما اتفق عليه حقيقة بين المتعاقدين .

(مادة ١٤٩)

١ - إذا ابرم عقد صورى فلدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسنى النية ، ان يتمسكوا بالعقد الصورى ، كما أن لهم ان يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذى اضر بهم .

٢ - وإذا تعارضت مصالح ذوى الشان ، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الاخرون بالعقد المستتر ، كانت الافضلية للأولين .

هذه المادة تطابق المادة ٢٤٤ من التقنين الحالى .
وتطابق المادة من ١٤٧ من التقنين العراقى .
وتطابق المادة ٣٦٨ من التقنين الأردنى .
وتتفق فى حكمها مع المادة ٢٠٠ من التقنين الكويتى .

وينهض بحكم المادة المقترحة ما يدعو إليه الاستقرار الواجب فى المعاملات ، وهو اعتبار يهتم به الفقه الاسلامى الذى يأخذ بالإرادة الظاهرة حفاظا على هذا الاستقرار .

(مادة ١٥٠)

اذا طرات حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الإلتزام التعاقدى ، وان لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك .

هذه المادة تطابق الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من التقنين الحالى وتطابق المادة ٢٠٥ من التقنين الأردنى ، فيما عدا ان هذه المادة الأخيرة تضيف عبارة (ان اقتضت العدالة ذلك) بعد لفظ (المعقول) .

وتقابل الفقرة الثانية من المادة ١٤٦ من التقنين العراقى التى تقول : " على انه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدى ، وان لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " .

وتتفق فى حكمها مع المادة ١٩٨ من التقنين الكويتى .

وإذا كان الفقه الاسلامى لم ترد فيه نظرية عامة للحوادث الطارئة على نحو ما جاء فى النص المقترح . إلا أنه عرف تطبيقات

مختلفة لهذه النظرية اهمها الاعذار فى عقد الايجار حيث يفسخ الايجار للعذر ، والجوائح فى بيع الثمار حيث ينقص الثمن بقدر معين (أنظر عبدالرزاق السنهورى . مصادر الحق ، فى الفقه الاسلامى ج ٦ ص ٩٧ وما بعدها) .

(مادة ١٥١)

إذا تم العقد بطريق الاذعان ، وكان قد تضمن شروطا تعسفية ، جاز للقاضى ان يعدل هذه الشروط او أن يعفى الطرف المذعن منها ، وذلك وفقا لما تقضى به العدالة . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ١٤٩ من التقنين الحالى .

وتطابق الفقرة الثانية من المادة ١٦٧ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٢٠٤ من التقنين الأردنى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٨١ من التقنين الكويتى .

وقد رأينا فيما تقدم أن الفقه الاسلامى لا يتحدث عن عقد الاذعان وانما يتناول الفكرة الجوهرية التى يقوم عليها هذا العقد ، وهى ألا يحتكر الشخص سلعة ضرورية فيزيد من سعرها ويبيعها للناس بحسب هواه فيرضخ الناس للسعر الذى يفرضه نظرا إلى حاجتهم الشديدة لهذه السلعة .

وقد حمل الفقه الاسلامى على الاحتكار وتناوله فى الصور التى كانت مألوفة فى عهده . انظر تفصيلا لذلك فيما تقدم تحت المادة ٨٤ من المشروع .

ويتضح من هذا ان الشريعة الاسلامية تؤيد حماية الطرف المذعن فى عقد الاذعان . وبذلك يتفق حكم النص المقترح مع المبادىء المقررة فى الشريعة .

(مادة ١٥٢)

تسرى شروط العقد العامة التى يضعها أحد المتعاقدين على المتعاقد الآخر إذا كان على علم بها وقت ابرام العقد او كان من المفروض ان يعلمها حتما لواعارها انتباه الشخص العادى .

وعلى كل حال لا اثر لشروط تحد من المسئولية او تحلل من العقد أو تقف تنفيذه إذا كانت لصالح من وضعها ، ولا اثر لشروط تفرض على المتعاقد الآخر سقوط المدد وتحديد صلاحية الاعتراض بالدفوع أو قيود تمس حرية المتعاقد فى العلاقات مع الغير وتمديد العقد أو تجديده ، ولا اثر كذلك لشروط التملك أو الحد من صلاحية القضاء ، إذا لم يتم الاتفاق على تحديدها خطيا .

هذه المادة مستحدثة .

وهى تطابق المادة ١٥٠ من التقنين الليبى .

وتقابل المادة ٥١ من مشروع التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى :

" (١) إذا اتفق المتعاقدان على أن تسرى فى شئونهما أحكام عقد نموذج او لائحة نموذجية سرت هذه الأحكام ، ما لم يثبت اى منهما انه عند حصول الاتفاق بينهما لم يكن يعلم بهذه الأحكام ولم تتح له الفرصة فى أن يعلم بها .

(٢) وإذا كانت احكام العقد النموذج أواللائحة النموذجيه التى لم يحصل العلم بها أساسية بطل العقد ، فإن كانت ثانوية تولى القاضى حسم الخلاف فى شأنها وفقا لطبيعة المعاملة والعرف الجارى ومقتضيات العدالة " .

والمادة المقترحة تتناول العقد الذى يعده احد المتعاقدين مقدما ، فيدون فيه من الشروط ما يكون فى صالحه وضارا بمصلحة الطرف الآخر . وهى ظاهرة منتشرة الآن ، ولاسيما فى عقود الاذعان . والهدف من حكم هذه المادة هو حماية هذا الطرف الآخر من ناحيتين:

الأولى : انه يجب ان يعلم بشروط العقد العامة ، او يكون فى مقدوره أن يعلم بهذه الشروط لو أعارها انتباه الشخص العادى .

والثانية : أنه لا يلتزم بشروط العقد الخاصة التى تضره إلا إذا تم الاتفاق عليها خطيا . فكثيرا ما يفاجأ المتعاقد عند حصول النزاع بشروط لم يكن يتصور وجودها فى العقد عند توقيعه عليه . ولا سبيل

إلى ملافاة ذلك الا باشتراط العلم او امكان العلم بالشروط العامة . والاتفاق خطيا على الشروط الخاصة .

ومن ثم يتفق حكم هذه المادة مع المبادىء العامة فى الشريعة الاسلامية التى لاتعتد الا بما اتفق عليه حقيقة بين المتعاقدين ، وهو ما يقتضى ان يكون المتعاقد على بينه تامة من شروط العقد الذى يلتزم به

(مادة ١٥٣)

فى العقود المبرمة بالتوقيع على نماذج جاهزة لتوحيد تنظيم علاقات تعاقدية ، فإن الشروط المضافة إلى تلك النماذج تتغلب على الشروط الأصلية إذا تنافت معها حتى ولو لم تشطب تلك الشروط المنافية .

هذه المادة مستحدثة

وهى تطابق المادة ١٥١ من التقنين الليبى .

وهى تتناول العقد الذى تعد شروطه مقدما كنموذج يحتذى عند التعاقد فى شأن نوع معين من العلاقات التعاقدية ، كما هو الشان فى عقود الاذعان . فإذا أضيفت شروط إلى هذا النموذج تنافى الشروط الأصلية كان معنى ذلك ان إرادة المتعاقدين قد اتجهت إلى الشروط المضافة واعرضت عن الشروط الأصلية حتى ولو لم تشطب هذه الأخيرة . ولذلك جرى القضاء فى عقود التأمين على أن يغلب الشروط

المخطوطة على الشروط المطبوعة ، وبذلك أعفى الطرف المذعن من الشرط الذى يتناقض مع آخر يكون اكثر انطباقا على نية المتعاقدين .

وبذلك يتفق حكم هذه المادة من المبادىء العامة فى الشريعة الاسلامية التى لاتعتد الا بما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين عند التعاقد .

(٣) اثر العقد بالنسبة إلى الغير .

(مادة ١٥٤)

لا يرتب العقد التزاما فى ذمة الغير ، ولكن يجوز أن يكسبه حقا

هذه المادة تطابق المادة ١٥٢ من التقنين الحالى .
وتطابق المادة ٢٠٨ من التقنين الأردنى .

وتطابق المادة ٢٠٣ من التقنين الكويتى التى تنص على أن : " العقود لا تنفع ولا تضر غير المتعاقدين وخلفائهما ، وإن كانت تؤثر فى الضمان العام المقرر لدائنيهما . وذلك كله ما لم يقض القانون بغيره

والفقه الاسلامى لا يجيز انصراف أثر العقد إلى الغير ، سواء كان هذا الاثر حقا أو التزاما (عبدالرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٥ ص ١٩٢ و ١٩٣) .

وقد نصت المادة ١/٣٠٦ من مرشد الحيران على أنه : " أنما تجرى أحكام العقود فى حق العاقدين ولا يلتزم بها غيرهما " . ولكن فى ضوء تطور ظروف المجتمع وما تقتضيه المصالح المشروعة فى التعامل ، أصبح من الجائز أن يرتب العقد حقا لصالح الغير ، ما دام المتعاقدان يريدان ذلك وما دام الغير يقبل ذلك .

(مادة ١٥٥)

١ - إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر ، فلا يلزم الغير بتعهده ، فإذا رفض الغير ان يلتزم ، وجب على المتعهد ان يعوض من تعاقد معه ، ويجوز له مع ذلك ان يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الإلتزام الذى تعهد به .

٢ - أما إذا قبل الغير هذا التعهد ، فإن قبوله لا ينتج اثرا إلا من وقت صدوره ، ما لم يتبين أنه قصد صراحة او ضمنا ان يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذى صدر فيه التعهد .

هذه المادة تطابق المادة ١٥٣ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٢٠٩ من التقنين الأردنى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ١٥٩ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

" ١ - إذا وعد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بوعده ولكن يلزم نفسه . ويجب عليه أن يعوض من تعاقد معه

إذا رفض الغير ان يلتزم ، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الإلتزام الذى وعد به إذا كان ذلك فى استطاعته من غير أن يضر بالدائن .

٢ - أما إذا أقر الغير هذا الوعد فإن اقراره لا ينتج اثرا إلا من وقت صدوره ما لم يتبين انه قصد صراحة او دلالة ان يستند الاقرار إلى اليوم الذى صدر فيه الوعد " .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٣٠٤ من التقنين الكويتى .

وتتفق فى حكمها مع ما يقرره الفقه الاسلامى من ان العقد لا يرتب التزاما فى ذمة الغير (م ١/٣٠٦ من مرشد الحيران) . اذ ان من يتعهد بأن يحمل الغير على قبول الإلتزام بأمر معين انما يلزم نفسه ولايلتزم الغير بتعهده . ويكون للغير أن يقبل الإلتزام أو يرفضه.

(مادة ١٥٦)

١ - يجوز للشخص ان يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له فى تنفيذ هذه الإلتزامات مصلحة شخصية مادية كانت او أدبية .

٢ - ويترتب على هذا الاشتراط ان يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع ان يطالبه بوفائه ، ما لم يتفق على خلاف ذلك . ويكون لهذا المتعهد ان يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التى تنشأ عن العقد .

٣ - ويجوز كذلك للمشترط ان يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع ، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذى يجوز له ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ١٥٤ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ١٥٢ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٢١٠ من التقنين الأردنى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ١/٢٠٥ والمادة ٢٠٦ والمادة ٠٠٠ من التقنين الكويتى .

والفقه الاسلامى لا يجيز انصراف أثر العقد إلى الغير ، سو كان هذا الاثر حقا او التزاما (عبدالرزاق السنهورى . مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٥ ص ١٩٢ ، ١٩٣) .

وقد نصت المادة ٣٠٦ / ١ من مرشد الحيران على أنه " انما تجرى احكام العقد فى حق العاقدين ولا يلتزم بها غيرهما " (انظر البدائع ج ٥ ص ١٧٢ . فتح القدير ص ١٢٧ و ١٧٦ . مجمع الضمانات ص ٨١ . ابن عابدين ج ٤ ص ١٦٣) . ولكن فى ضوء تطور ظروف المجتمع ، وما تقتضيه المصالح المشروعة فى التعامل اصبح من الجائز أن يرتب العقد حقا لصالح الغير ، ما دام المتعاقدان يريدان ذلك وما دام الغير يقبل ذلك .

(مادة ١٥٧)

١ - يجوز للمشترط دون دائنيه او ورثته ان ينقض المشارطة قبل ان يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشترط رغبته فى الاستفادة منها ، ما لم يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد .

٢ - ولا يترتب على نقض المشارطة ان تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط ، إلا إذا اتفق صراحة او ضمنا على خلاف ذلك . وللمشترط احلال منتفع آخر محل المنتفع الأول ، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشارطة .

هذه المادة تطابق المادة ١٥٥ من التقنين الحالى .
وتطابق المادة ١٥٣ من التقنين العراقى .
وتطابق المادة ٢١١ من التقنين الأردنى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٢٠٨ من التقنين الكويتى .
انظر المذكرة الايضاحية للمادة السابقة .
وأنظر البدائع ج ٥ ص ١٧٢ . فتح القدير ص ١٢٧ و ١٧٦.
مجمع الضمانات ص ٨١ . ابن عابدين ج ٤ ص ١٦٧ .

(مادة ١٥٨)

يجوز فى الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو جهة مستقبلة ، كما يجوز أن يكون شخصا او جهة لم

يعينا وقت العقد ، متى كان تعيينهما مستطاعا وقت أن ينتج العقد اثره طبقا للمشارطة .

هذه المادة تطابق المادة ١٥٦ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ١٥٤ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٢١٢ من التقنين الأردنى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٢٠٥ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادتين السابقتين .

وانظر البدائع ج ٥ ص ١٧٢ فتح القدير ص ١٢٧ و ١٧٦ . مجمع الضمانات ص ٨١ . ابن عابدين ج ٤ ص ١٦٧ .

الفرع الثالث
انحلال العقد

(مادة ١٥٩)

١ - فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين ان يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض فى الحالتين ان كان له مقتض .

٢ - ويجوز للقاضى ان يمنح المدين اجلا إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الإلتزام فى جملته .

هذه المادة تطابق المادة ١٥٧ من التقنين الحالى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ١٧٧ / ١ من التقنين العراقى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٢٤٦ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى :

" ١ - فى العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد او بفسخه .

٢ - ويجوز للمحكمة أن تلزم المدين بالتنفيذ فى الحال او تنظره إلى أجل مسمى ولها أن تقضى بالفسخ وبالتعويض فى كل حال ان كان له مقتض " .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٢٠٩ من التقنين الكويتى .

ولم ترد فى الفقه الاسلامى نظرية عامة للفسخ على غرار ما جاء فى النص المقترح والنصوص المقابلة له فى التقنينات العربية الأخرى . بل ان الأصل فيه أن الدائن لا يطالب بفسخ العقد إذا أخل المدين بالتزامه ، بل يطالب بتنفيذ العقد . وذلك فى العقود الملزمة للجانبين اللازمة بطبيعتها والخالية من الخيارات . ومع ذلك فقد اجاز فسخ العقد فى بعض الحالات ، ولا سيما فى عقدى البيع (م ٤٤٨ — ٤٥٠ و ٤٥٢ من مرشد الحيران (والايجار) م ٥٧٠ و ٥٧١ و ٥٧٧ و٥٨٤ و ٦٢٩ و٦٣١ و٦٥٧ من مرشد الحيران) .

(مادة ١٦٠)

يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء ذاته دون حاجة إلى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عنه ، وهذا الاتفاق لا يعفى من الاعذار ، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الاعفاء منه .

هذه المادة تطابق المادة ١٥٨ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ١٧٨ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٢٤٥ من التقنين الأردنى .

وتقابلها المادة ٢١٠ من التقنين الكويتى .

ويتفق حكمها مع المبادىء المقررة فى الفقه الاسلامى .

(مادة ١٦١)

فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا انقضى التزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبى لا يد للمدين فيه ، انقضت معه الإلتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء ذاته .

هذه المادة تتفق فى حكمها مع المادة ١٥٩ من التقنين الحالى التى تنص على أنه " فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الإلتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه " . وقد أريد بتعديل نص هذه المادة الأخيرة على النحو الوارد فى النص المقترح ان يكون الحكم اكثر وضوحا ، لأن الإلتزام لا ينقضى إذا كانت استحالة تنفيذه ترجع إلى فعل المدين .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٢١٥ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى :

" ١ - فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا أصبح تنفيذ التزام أحد الطرفين مستحيلا بسبب أجنبى لا يد له فيه ، انقضى هذا الإلتزام وانقضت معه الإلتزامات المقابلة على الطرف الآخر ، وانفسخ العقد من تلقاء نفسه .

٢ - فإذا كانت الاستحالة جزئية كان للدائن بحسب الأحوال ان يتمسك بالعقد فيما بقى ممكن التنفيذ أو أن يطلب فسخ العقد " .

وتقابل المادة ٢٤٧ من التقنين الأردنى التى تنص على أنه " فى العقود الملزمة للجانبين إذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا انقضى معه الإلتزام المقابل له وانفسخ العقد من تلقاء نفسه . فإذا كانت الاستحالة جزئية انقضى ما يقابل الجزء المستحيل ، ومثل الاستحالة الجزئية الاستحالة الوقتية فى العقود المستمرة ، وفى كليهما يجوز للدائن فسخ العقد بشرط علم المدين " .

وتقابل المادة ١٧٩ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

" ١ - إذا هلك المعقود عليه فى المعاوضات وهو فى يد صاحبه انفسخ العقد سواء كان هلاكه بفعله او بقوة قاهرة وجب عليه رد العوض الذى قبضه لصاحبه .

٢ - فالمبيع إذا هلك فى يد البائع قبل ان يقبضه المشترى يكون من مال البائع ولا شيء على المشترى .

ويميز الفقه الاسلامى بين فسخ العقد وانفساخه : فينفسخ العقد من تلقاء نفسه إذا هلك المعقود عليه هلاكا كليا . وفى غير حالة الهلاك الكلى يكون العقد فى حاجة إلى الفسخ (أنظر م ٦٢٩ من مرشد الحيران) (عبدالرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٦ ص ٢٥٠) .

(مادة ١٦٢)

إذا فسخ العقد أو انفسخ ، أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك يحكم بالتعويض .

هذه المادة تطابق المادة ١٦٠ من التقنين الحالى التى تنص على أنه : " إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض " . وقد أدخل على هذه المادة التعديلان الآتيان :

أولا : أضيفت عبارة " أو انفسخ " بعد عبارة " إذا فسخ العقد " لأن الأثر الذى يترتب على انفساخ العقد من تلقاء نفسه هو الأثر ذاته الذى يترتب على الفسخ ، إذ فى كلا الحالين يعود المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد .

ثانيا : استبدلت بعبارة " جاز الحكم بالتعويض ،، فى نهاية النص عبارة " يحكم بالتعويض " توخيا للدقة فى بيان الحكم .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٢٤٨ من التقنين الأردنى .
وتقابل المادتين ٢١١ و ٢١٦ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ١٨٠ من التقنين العراقى التى تنص على أنه " إذا فسخ عقد المعاوضة الوارد على المالية او انفسخ سقط الإلتزام الذى كان مترتبا عليه ، فلا يلزم تسليم البدل الذى وجب بالعقد ، وأن كان قد سلم يسترد . فإذا استحال رده يحكم بالضمان " .

ويتفق حكمها مع ما يقرره الفقه الاسلامى فى هذا الصدد (انظر م ٤٦٠ ـ ٤٦٢ و ٤٦٥ و ٢٥٣ ـ ٢٥٥ من مرشد الحيران وم ٢٩٣ و ٢٩٤ و ٣١٤ من المجلة ـ البدائع ج ٥ ص ١٧١ و ١٧٥ وص ٢٣٨ ـ ٢٤٣ وص ٢٥٢) .

(مادة ١٦٣)

فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا كانت الإلتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به .

هذه المادة تطابق المادة ١٦١ من التقنين الحالى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٢١٩ من التقنين الكويتى التى تنص على أنه " فى العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الإلتزامات المتقابلة مستحقة الاداء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه إذا لم يقم المتعاقد الأخر بالوفاء بما التزم به ، وذلك ما لم يتفق على خلافه أو يقض العرف بغيره " .

وتقابل المادة ٢٨٠ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

" ١ - للبائع أن يحبس المبيع إلى ان يؤدى المشترى جميع الثمن الحال ، وللعامل أن يحبس الشىء الذى يعمل فيه إلى ان يستوفى الأجر المستحق سواء كان لعمله أثر فى الشىء أو لم يكن وذلك كله وفقا للأحكام التى قررها القانون .

٢ - وفى كل معاوضة مالية بوجه عام ، لكل واحد من المتعاقدين أن يحبس المعقود عليه وهو فى يده حتى يقبض البدل المستحق " .

وتقابل المادة ٣٨٨ من التقنين الاردنى التى تنص على ان " لكل واحد من المتعاقدين فى المعاوضات المالية بوجه عام ان يحتبس المعقود عليه وهو فى يده حتى يقبض البدل المستحق " .

ولأن الدفع بعدم تنفيذ العقد يعتبر تطبيقا للقاعدة العامة فى الحق فى الحبس ، فإن التقنين العراقى والتقنين الأردنى جعلاه فرعا فى الحبس واوردا النص المتعلق به فى المكان المخصص لهذا الحق .

وقد وردت فى الفقـه الاسـلامى تطبيقـات للدفـع بعـدم التنفيـذ فـى عقود مختلفة كعقد البيـع وعقـد الايجـار وعقـد الوكالـة وعقـد الـزواج ، بحيث يمكن أن نستخلص من هذه التطبيقات نظريـة عامـة علـى النحـو الـذى جـاء فـى النـص المقـترح والنصـوص المقابلـة لـه فـى التقنينـات العربية ، وهو يقيم الدفع بعدم التنفيذ علـى أسـاس فكـرة المسـاواة بيـن المتعاقدين ، فلا يجبر احدهمـا علـى تنفيـذ التزامـه بينمـا لـم يقـم الآخـر بتنفيذ الإلتزام المقابل ، وهى فكرة تقـود إلـى نظريـة السـبب التـى تقيـم ارتباطا بين الإلتزامات المتقابلة فى العقد الملزم للجانبين .

(انظـر البدائـع ج ٤ ص ٢٠١ و ج ٥ ص ٢٤٩ . وانظــر م ٤٥٤ و ٤٥٥ مـن مرشـد الحيران وم ٢٧٨ إلـى ٢٨٠ مـن المجلـة . وانظر عبدالرزاق السنهورى مصـادر الحـق فـى الفقـه الاسـلامى ج ٦ ص ٢٥٢ ـ ٢٦٣) .

(مادة ١٦٤)

للمتعاقدين ان يتقايلا العقد برضاهما بعد انعقاده .

هذه المادة مستحدثة .

وتطابقها المادة ١٨١ من التقنين العراقى .

وتطابقها المادة ٢٤٢ من التقنين الأردنى .

وتتفق معها فى الحكم المادة ٢١٧ /١ من التقنين الكويتى .

راجع المذكرة الايضاحية للمواد الثلاثة الخاصة بالاقالة .

(مادة ١٦٥)

١ - يجب أن يكون المعقود عليه قائما وموجودا فى يد المتعاقد وقت الاقالة .

٢ - وإذا هلك بعض المعقود عليه أو حصل التصرف فيه ، صحت الاقالة فى الباقى بقدر حصته من العوض .

هذه المادة مستحدثة .

وتتفق معها فى الحكم المادة ٢١٧ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى :

" ١ - للمتعاقدين أن يتقايلا العقد برضائهما بعد انعقاده ، ما بقى المعقود عليه قائما وموجودا فى يد احدهما .

٢ - فإذا هلك او حصل التصرف للغير فى بعض المعقود عليه ، جازت الاقالة فى الباقى منه بقدر حصته من العوض " .

وتتفق معها فى الحكم المادة ١٨٢ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

" ١ - يلزم ان يكون المعقود عليه قائما وموجودا فى يد العاقد وقت الاقالة .

٢ - ففى البيع يلزم أن يكون المبيع قائما وموجودا فى يد المشترى ، ولو كان بعض المبيع قد تلف صحت الاقالة فى الباقى بقدر حصته من الثمن . أما هلاك الثمن فلا يكون مانعا من صحة الاقالة " .

وتتفق معها فى الحكم المادة ٢٤٤ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى :

" ١ - تتم الاقالة بالإيجاب والقبول فى المجلس وبالتعاطى بشرط أن يكون المعقود عليه قائما وموجودا فى يد العاقد وقت الاقالة ولو تلف بعضه صحت الاقالة فى الباقى بقدر حصته من الثمن .

راجع المذكرة الايضاحية للمواد الثلاثة الخاصة بالاقالة .

(مادة ١٦٦)

الاقالة فى حق المتعاقدين فسخ ، وفى حق الغير عقد جديد .

هذه المادة مستحدثه .

وتطابقها المادة ١٨٣ من التقنين العراقى .

وتطابقها المادة ٢٤٣ من التقنين الأردنى .

ويتفق معها فى الحكم المادة ٢١٨ من التقنين الكويتى التى تنص على أنه " تعتبر الاقالة من حيث اثرها بمثابة الفسخ فى حق العاقدين ، وبمثابة عقد جديد فى حق الغير " .

وقد استمد المشروع النصوص الخاصة بالاقالة من الفقه الاسلامى . على أنه " تعتبر الاقا لة من حيث أثرها بمثابة الفسخ فى حق العاقدين ، وبمثابة عقد جديد فى حق الغير " .

فهى اتفاق يهدف فيه الطرفان إلى الغاء الإلتزامات التى ترتبت على العقد المقال منه ، وبذلك يؤدى إلى انحلال العقد . كأن يكون هناك عقد بيع ، ثم يتفق الطرفان على الاقالة منه ، فيعود المبيع إلى البائع ، ويسترد المشترى الثمن . ويقع هذا الاتفاق بالتراضى بعد قيام العقد طبقا للقواعد العامة ، فيشترط فيه ما يطلب فى سائر العقود من شروط انعقاد وشروط صحة . وقد نصت المادة ١٦٤ من المشروع فى هذا المعنى على أن " للمتعاقدين أن يتقايلا العقد برضاهما بعد انعقاده "

والرجوع فى الهبة إذا تم بين الواهب والموهوب له بالتراضى ، فأنه يعتبر اقالة من الهبة . غير أن هذا الرجوع قد يتم بغير الأقالة ، وذلك اذا لم يقبل الموهوب له الاقالة ، حيث يجوز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص فى الرجوع متى كان يستند فى ذلك إلى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع .

ويشترط فى الاقالة ، فضلا عما تقضى به القواعد العامة ، أن يكون المعقود عليه قائما وموجودا فى يد العاقد وقت الاقالة ، وهذا شرط يتطلبه الفقه الاسلامى على اساس أن المعقود عليه فى البيع هو المبيع ، فإذا هلك المبيع لم يبق محل حكم البيع فلا يبقى حكمه ، ومن ثم لا تتصور الاقالة التى هى رفع حكم البيع فى الحقيقة . وفى هذا المعنى نصت المادة ١٦٥ من المشروع على أنه " ١ - يجب أن يكون المعقود عليه قائما وموجودا فى يد المتعاقد وقت الاقالة .

٢ – واذا هلك المعقود عليه او حصل التصرف فيه ، صحت الاقالة فى الباقى بقدر حصته من العوض " .

وقد اختلف الفقه الاسلامى فى تكييف الاقالة . فيرى أبو حنيفة أن الاقالة فسخ فى حق المتقايلين ، وبيع جديد فى حق الغير . ويرى أبويوسف انها بيع جديد فى حق المتقايلين وفى حق الغير . وهذا ايضا هو الرأى فى مذهب مالك . ويرى محمد انها فسخ فى حق المتقايلين وفى حق الغير . وهذا ايضا هو الرأى فى مذهب الشافعى ومذهب احمد . ويرى زفر انها فسخ فى حق المتقايلين وفى حق الغير (أنظر فى هذا البدائع ج ٥ ص ٣٠٦ ـ ٣٠٨ . الفتاوى الهندية ج٥ ص١٩٤. عبدالرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٦ ص ٢٦٩ ، ٢٧٧) .

وقد أخذ المشروع فى هذا الصدد برأى الامام أبى حنيفة . فنصت المادة ١٦٦ من المشروع على أن " الاقالة فى حق المتعاقدين فسخ ، وفى حق الغير عقد جديد " . ويترتب على اعتبار الاقالة فسخا فيما بين المتعاقدين أن يزول العقد المقال منه بأثر رجعى ، فيعتبر العقد كأن لم يكن . فإذا كان العقد المقال منه بيعا ، فإن الملكية التى انتقلت إلى المشترى فى هذا العقد تزول بأثر رجعى ، فيعتبر المشترى أنه لم يكن مالكا قط . ويستثنى من ذلك عقد المدة ، إذ أن طبيعة هذا العقد تأبى الرجوع فيما تم تنفيذه منه ، لأن الزمن معقود عليه . فى هذا العقد

وما مضى من الزمن لا يعود ، ولذلك فإن الاثر الرجعى لا يسرى في شأن ما تم تنفيذه من هذا العقد .

ويترتب على اعتبار الاقالة عقدا جديدا بالنسبة إلى الغير انها لا تمس حقوق الغير . فإذا كان العقد المقال منه بيعا ، فإن العين تعود إلى البائع محملة بما ترتب عليها للغير من حقوق كرهن في الفترة ما بين البيع والاقالة . واذا كان العقد المقال منه قد سجل وجب أيضا تسجيل عقد الاقالة . ويأخذ بالشفعة عند التقايل لأنه من الغير ، والاقالة بيع فى حق الغير .

ويخلص مما تقدم أن المشروع فى تنظيمه للأقالة اخذ من الفقه الاسلامى حكمين :

الأول : أنه اشترط ان يكون المعقود عليه قائما وموجودا فى يد العاقد وقت الاقالة .

والثانى : أنه جعل الاقالة فى حق المتعاقدين فسخا ، وفى حق الغير عقدا جديدا . وفيما عدا ذلك من الأحكام تسرى القواعد العامة .

الفصل الثانى

الإرادة المنفردة

(مادة ١٦٧)

١ - لا تلزم الإرادة المنفردة صاحبها الا فى الأحوال التى ينص فيها القانون على ذلك .

٢ - وتسرى على الإرادة المنفردة احكام العقد ، إلا اذا كانت هذه الأحكام تتعلق بوجود ارادتين متطابقتين لانشاء الإلتزام او كانت تتعارض مع نص القانون .

هذه المادة مستحدثة .

وكان النص المقترح فى المشروع التمهيدى ، وهو المادة٢٢٨ ، للتقنين الحالى يجرى على النحو الآتى : -

" ١ - إذا كان الوعد الصادر من جانب واحد مكتوبا وكان لمدة معينة ، فإن هذا الوعد يلزم صاحبه من الوقت الذى يصل فيه إلى علم من وجه إليه ، ما دام هذا لم يرفضه .

٢ - وتسرى على هذا الوعد الأحكام الخاصة بالعقود الا ما يتعلق منها بضرورة وجود ارادتين متطابقتين لانشاء الإلتزام .

٣ - يبقى الإيجاب فى العقود خاضعا للأحكام الخاصة به ويسرى حكم المادة التالية على كل وعد بجائزة موجه إلى الجمهور " .

وهذا النص الذى ورد فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى كان يجعل من الإرادة المنفردة مصدرا للإلتزام بوجه عام ، ثم حذف فى لجنة المراجعة عدولا عن وضع قاعدة عامة تجعل الإرادة المنفردة ملزمة واكتفاء بالحالات المنصوص عليها فى القانون من أن الإرادة المنفردة تنشىء التزاما . وقد ترتب على هذا الحذف أن أصبح النص الوحيد الموجود فى الفصل الخاص بالإرادة المنفردة هو نص الوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور فى المادة ١٦٢ من التقنين الحالى . وعلى أثر ذلك وجد خلاف فى الفقه . فذهب رأى إلى أنه بعد حذف النص المقترح لم تعد الإرادة المنفردة مصدرا للإلتزام وأصبحت الإلتزامات الناشئة عنها تقوم بمقتضى نصوص قانونية خاصة بحيث صار نص القانون هو المصدر المباشر لهذه الإلتزامات . بينما ذهب رأى آخر إلى اعتبار الإرادة المنفردة مصدرا استثنائيا للإلتزام ، لأن الإلتزامات التى يكون القانون مصدرا مباشرا لها لا تستند الا إلى وقائع مادية ، اما الإلتزامات التى تنشئها الإرادة المنفردة فمصدرها المباشر هو هذه الإرادة . وهذا هو الرأى الذى يعتنقه الفقه الحديث فى المانيا وايطاليا وفرنسا ، ويقول به أغلب الفقه فى مصر ، كما هو مسلك التشريعات الحديثة :

فالتقنين الألمانى ينص فى المادة ٣٠٥ على أن " انشاء الإلتزام بمقتضى تصرف قانونى لا يكون الا بعقد ، عدا الأحوال التى ينص فيها القانون على خلاف ذلك " .

والتقنين الايطالى ينص فى المادة١٩٨٧ على أن " الوعد المنفرد

بالقيام بأداء لا يكون له أثر ملزم فى غير الأحوال التى نص عليها القانون " .

والتقنين العراقى ينص فى المادة ١٨٤ على ما يأتى :

" ١ - لا تلزم الإرادة المنفردة صاحبها إلا فى الاحوال التى ينص فيها القانون على ذلك .

٢ - ويسرى عليها ما يسرى على العقد من أحكام إلا ما يتعلق منها بوجود ارادتين متطابقتين لانشاء الإلتزام " .

والتقنين الليبى ينص فى المادة ٦٥ على مايأتى :

" ١ - إذا نص القانون على ان تكون الإرادة المنفردة مصدرا للإلتزام سرى عليها ما يسرى على العقد من أحكام ، الا إذا كانت هذه الأحكام يقتضيها تعدد الإرادة أو كانت تتعارض مع نص القانون .

٢ - وتسرى بوجه عام أحكام العقد على الإرادة المنفردة باعتبارها تصرفا قانونيا يرتب آثارا أخرى غير انشاء الإلتزام " .

ويلاحظ ان هذا النص الوارد فى التقنين الليبى متأثر بالرأى الفقهى الذى أشير إليه والذى يذهب إلى ان نص القانون هو المصدر المباشر للإلتزمات التى تكون الإرادة المنفردة مصدرا لها بمقتضى النص .

والتقنين الأردنى : ينص فى المواد من ٢٥٠ إلى ٢٥٣ على مايأتى :

م ٢٥٠ : " يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف دون توقف على القبول ما لم يكن فيه الزام الغير بشىء وذلك طبقا لما يقضى به القانون " .

م ٢٥١ : " ١ - تسرى على التصرف الانفرادى الأحكام الخاصة للعقود إلا ما تعلق منها بضرورة وجود ارادتين متطابقتين لنشوء العقد . وذلك مالم ينص القانون على غير ذلك " .

٢ - ويبقى الايجاب فى العقد خاضعا للأحكام الخاصة به " .

م ٢٥٢ : إذا استوفى التصرف الانفرادى ركنه وشروطه فلا يجوز للمتصرف الرجوع فيه ما لم ينص القانون على غير ذلك " .

م ٢٥٣ : " ١ - اذا كان التصرف الانفرادى تمليكا فلا يثبت حكمه للمتصرف إليه إلا بقبوله .

٢ - وإذا كان اسقاطا فيه معنى التمليك او كان ابراء من دين فيثبت حكمه للمتصرف إليه ولكن يرتد برده فى المجلس .

٣ - وإذا كان اسقاطا محضا فيثبت حكمه ولا يرتد بالرد .

٤ - كل ذلك مالم ينص القانون على خلافه " .

والتقنين الكويتى فى المادة ٢٢٠ على مايأتى :

" ١ - التصرف القانونى الصادر بالإرادة المنفردة لا ينشىء التزاما ولا يعدل فى التزام قائم ولا ينهيه ،إلا فى الأحوال الخاصة التى ينص عليها القانون .

٢ - فإن قضى القانون بنشوء الإلتزام أو بتعديله أو بأنقضائه بمقتضى التصرف الصادر بالإرادة المنفردة ، سرى على هذا التصرف ما يسرى على العقد بوجه عام من احكام القانون ، الا ما كان منها متعارضا مع قيام التصرف على الإرادة الواحدة وعلى الأخص ما تعلق بتوافق ارادتى طرفى العقد " .

والفقه الاسلامى يعترف للإرادة المنفردة بالقدرة على انشاء الإلتزام ، ويميز فى هذا الصدد بين الإلتزام والوعد والنذر ، ولكنه يختلف فى مدى التقيد بتصرف من هذه التصرفات (انظر البدائع ج ٥ ص ٨١ وما بعدها وج ٦ ص ١١٥ ــ ٢١٤ . وأنظر عبدالرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ١ ص ٤١ ــ ٤٦) .

وفى ضوء كل ما تقدم فإن النص المقترح يقف بالإرادة المنفردة عند حد كونها مصدرا استثنائيا للإلتزام ، فلا تعتبر كذلك الا فى الحالات التى ينص فيها القانون على الإلتزام بالإرادة المنفردة .

(مادة ١٦٨)

١ - من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين التزم بأعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ، ولو قام به دون نظر إلى

الوعد بالجائزة أو دون علم بها .

٢ – وإذا لم يعين الواعد اجلا للقيام بالعمل ، جاز له الرجوع في وعده بأعلان يوجهه للجمهور ، على ألا يؤثر ذلك في حق من اتم العمل قبل الرجوع في الوعد . ولا تسمع دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع في خلال ستة اشهر من تاريخ أعلانه العدول للجمهور " .

هذه المادة تطابق المادة ١٦٣ من التقنين الحالي ، مع استبدال عبارة " ولا تسمع " بعبارة " وتسقط " في الفقرة الثانية .

وتقابل المادة ١٨٥ من التقنين العراقي .
وتقابل المادة ٢٥٥ من التقنين الأردني .
وتقابلها المواد ٢٢١ ـ ٢٢٦ من مشروع القتنين الكويتي .

وتتضمن المادة المقترحة تطبيقا للإلتزام بإرادة منفردة ، حيث يلتزم من يوجه إلى الجمهور وعدا بجائزة عن عمل معين بإرادته المنفردة .

ويتفق هذا التطبيق مع ما هو مقرر في الفقه الاسلامي من التزام الواعد بوعده (عبدالرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ١ ص ٤٥) .

فهرس

الكتاب الأول من الجزء الأول

تم بحمد الله وتوفيقه



كتب وابحاث للمؤلف

اولا- المؤلفات

- موسوعة اعمال البنوك (ثلاثة اجزاء)
- شرح قانون سرية الحسابات فى البنوك
- الفائدة والربا تشريعيا وشرعيا
- اعداد رسائل الدكتوراة والابحاث القانونية
- منصة التحكيم التجارى الدولى
- دليل رجل الاعمال والتاجر بالمملكة العربية السعودية
- كتب للمؤلف كانت تدرس بجامعة محمد الخامس بالمغرب
- اصول القانون المدنى

الجزء الاول : الالتزامات (مجلدان)

الجزء الثانى: العقود المسماة

الجزء الثالث : الحقوق العينية الاصلية والتبعية

القانون التجارى (جزءان)

القانون الجوى

الاموال والمواريث والوصية

عقود التبرع (الهبة والوقف)

نظم الكراء بالمغرب

ثانيا: مؤلفات باللغة الانجليزية

-Spotlights on the Uniform Customs and Practice for Documentary Credits

-Commercial Litigation in Saudi Arabia

-A legal practical guide for the businessman

ثالثا: الابحاث :

خدمات امناء الاستثمار (مجلة القانون والاقتصاد)

خطابات الضمان فى عهد التطبيق الاشتراكى(مجلة قضايا الحكومة)

اثر الاغلاق المتكرر لقناة السويس (مجلة قضايا الحكومة)

التزام البنوك بسر المهنة (مجلة قضايا الحكومة)

الخطأ المهنى الجسيم ومخاصمة رجال القضاء (مجلة قضايا الحكومة)

نحو مفهوم جديد للتصرف المجرد (مجلة قضايا الحكومة)

الطبيعة القانونية لرهن ملك المغير(" ")

الشرط الصريح الفاسخ فى قضاء النقض (" ")

الخطأ الجسيم الذى يبرر فصل العامل (مجلة المحاماة)

تجربة اربعة اعوام فى تحكيم القطاع العام(" ")

ايلولة بعض الاموال التى يلحقها التقادم للحكومة (المحاماة)

تعويضات حرب الخليج وكيفية الحصول عليها(الاهرام الاقتصادى)

مقالات اسبوعية عن التحكيم الدولى منذ نوفمبر ١٩٩١ مستمرة للآن

رقم الإيداع : ٧٢٥٩ / ٩٤
الترقيم الدولى : I.S.B.N
977 - 00 - 7296 - 6